Die subjektiven Voraussetzungen

des

Erwerbs einer Servitut durch Ersitzung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt

von

Heinrich Stender

Referendar

aus Elmshorn.

Elmshorn
Druck von Emil Koch
1903.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0118

Inhaltsangabe.

Einleitung:

§ 1. Geschichtliches und Allgemeines über den Servitutenerwerb durch Ersitzung.

§ 2. Umfang der Servitutenersitzung.

§ 3. Vorbemerkung.

1. Teil: **Das gemeine Recht.**

§ 4. Plan dieses Teils der Abhandlung.

1. Ununterbrochener Quasibesitz.

§ 5. Allgemeines.

§ 6. Äusseres Element — usus.

§ 7. Inneres Element — animus.

2. Rechtmässigkeit des Quasibesitzes.

§ 8. Allgemeines.

§ 9. In negativer Hinsicht Ausübung nec vi nec clam nec precario.

§ 10. In positiver Hinsicht bona fides.

§ 11. justus titulus?

§ 12. 3. scientia oder patientia domini?

2. Teil: **Das Bürgerliche Gesetzbuch.**

1. Kapitel:

Bei der sogen. Tabularersitzung von Dienstbarkeiten an Grundstücken.

§ 13. Vorbemerkung.

1. Niessbrauch und Wohnungsrecht.

§ 14. a) Ununterbrochener Besitz des dienenden Grundstücks.

§ 15. b) animus.

2. Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

§ 16. a) Ununterbrochene Ausübung des Dienstbarkeitsrechtes.

§ 17. b) animus.

2. Kapitel:

Bei der Ersitzung des Niessbrauchs an einer beweglichen Sache.

§ 18. Vorbemerkung.

§ 19. a) Ununterbrochener Besitz der dienenden Sache und animus.

§ 20. b) bona fides.

§ 21. Schluss.

Literaturangabe.

Albert: Über den Besitz unkörperlicher Sachen oder sogen. Gerechtigkeiten, Leipzig 1826.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 10. Auflage.

Askoli: Die Ersitzung der Servituten (Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 32, Seite 246).

Baron: Pandekten, 7. Auflage.

Bendix: Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Abt., Breslau 1898.

Bendix: Die Besitzlehre nach B.-G.-B. unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, Hannover 1900.

Bekker: Der Besitz bewegl. Sachen (Jahrbücher für Dogmatik Bd. 34).

Bergenthal: Entstehung und Schutz der Wegservituten mit Berücksichtigung des nach dem B.-G.-Buche geltenden Rechts, Dissertation, Berlin 1897.

Bessel (im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIII, 19): Über die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1903, 2. Auflage.

Böhm: Über die Ersitzung ländlicher Dienstbarkeiten, insbesondere durch Stellvertreter, Dissertation, Frankfurt a. M. 1893.

Bossert: Das Wesen des Servitutenbesitzes nach röm. Recht, Dissertation, Tübingen 1882.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 1. Bd., 2. Auflage.

Bruns: Das Recht des Besitzes, Tübingen 1848.

Burghoff: Der Besitzwille nach B.-G.-B., In.-Diss., Greifswald 1900.

Busch (im Archiv für civilist. Praxis Bd. XXXI, 6 und 12): Beiträge zur Lehre von der Ersitzung der Servituten.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II 1899.

Dernburg: Pandekten, 1. Band, 6. Auflage.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 3. Band.

Dormann: Der gleichzeitige Besitz am Ganzen und an Teilen einer Sache, Rostocker Dissertation 1902.

Elvers: Die römische Servitutenlehre, Marburg 1856.

Endemann: Einführung in das Studium des B.-G.-Buches 2. Bd., 1. Teil, 7. Auflage 1900.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands, 2. Auflage.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, 2. Bd., 2. Auflage.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (R.-G.) Band 2, 4, 7, 12, 16, 20, 25.

Flach: Entscheidungen des Herzogl. Nassauischen

O.-A.-G. zu Wiesbaden über wichtigere Streitfragen des Civilrechts, 1.—3. Teil.

Fuchs: Grundbuchrecht, 1. Band, Berlin 1902.

Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Bd. II, IX, X.

Goldschmidt: Grundlagen der Besitzlehre, Berlin 1901.

Göschen: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. Band, 2. Auflage.

Hasse: (im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, 2. Jahrgang, Bonn 1828, S. 394 ff.) Über den Beweis der Servitutenersitzung.

Hedemann: Über den Erwerb und Schutz der Servituten nach röm. Rechte, Berlin 1864.

Heidelberger Jahrbücher, Heidelberg 1817.

Hoffmann: Die Lehre von den Servituten, Darmstadt 1838.

Hoffmann: Civilistische Versuche von Fuhr und Hoffmann, 1. Heft, Darmstadt 1835.

v. Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Band, 3. Auflage.

Höpfner: Kommentar über die Heineccischen Institutionen.

Hüttenhain: Der Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, In.-Diss., Rostock 1903.

v. Ihering: Der Besitzwille, Jena 1889.

v. Ihering: Der Besitz (Iherings Jahrbücher Bd. 32).

Kappler: Zur Lehre vom Besitz, Inaugural-Diss., Freiburg 1899.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte, 2. Band, Leipzig 1901.

v. Keller: Pandekten, 1. Band, 2. Auflage.

Kniep: Der Besitz des B.-G.-B. gegenübergestellt dem römischen und gem. Recht, Jena 1900.

Kohler: (im Archiv für civilist. Praxis Bd. 87, 7, 1897) Beiträge zum Servitutenrecht.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. IX (Ferdinand Muther).

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B.-G..B., 3. Buch, Berlin 1899.

Luden: Die Lehre von den Servituten, Gotha 1837.

Maas: Bibliographie des bürgerlichen Rechts. 1888—98, 1899, 1900, 1901, 1902.

Maret: Die Acquisitiv-Verjährung von Grunddienstbarkeiten, Dissertation, Trier 1899.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 3. Auflage.

Meisner: Das Sachenrecht, Kommentar zum 3. Buche des deutschen Bürgerl. Gesetzbuches, Breslau 1901.

Motive zum Entwurfe eines B.-G.-B. für das Deutsche Reich, Bd. 3, Berlin und Leipzig 1888.

Mühlenbruch: Pandekten, 2. Teil, 3. Auflage.

Munscheid: Stellvertretung im Besitzerwerb nach röm. und gem. Recht, verglichen mit den Vorschriften des B.-G.-B., In.-Diss., Leipzig 1901.

Muther, Theodor: Die Ersitzung der Servituten mit besonderer Berücksichtigung der Wegservituten, Erlangen 1852.

Neustetel und Zimmern: Römisch-rechtliche Untersuchungen, 1. Band.

Pfeiffer: Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft, II. und VII.

Planck: Erläuterungen zum B.-G.-Buche, 3. Bd., 1. und 2. Auflage.

Puchta: Pandekten, 10. Auflage.

Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht, 1. und 2. Bd., 3. Auflage.

Randa: Der Besitz nach oesterreichischem Rechte, 4. Auflage.

Regelsberger: Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen. (Iherings Jahrbücher, 44. Bd. 1902.)

v. Savigny: Das Recht des Besitzes, 7. Auflage.

Scheu: Über die Ersitzung durch Dritte, insbesondere die bona fides. In.-Diss., Erlangen 1900.

Schlossmann: Der Besitzerwerb durch Dritte nach röm. und heutigem Rechte, Leipzig 1881.

Schönemann: Die Servituten, Leipzig 1866.

Schwarze u. Heine: Untersuchungen praktisch wichtiger Materien aus dem Gebiet des im Kgrch. Sachsen geltenden Rechts, 2. Auflage.

v. Seckendorff: (im Archiv für civilist. Praxis, Bd. IV, S. 83 ff.).

Seuffert: Praktisches Pandektenrecht, 1. Band, 3. Auflage.

Seufferts Archiv: Band 1, 6, 7, 8, 9, 13, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 25, 27, neue Folge Bd. 6.

Siméon: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, 1. Band, 2. Abt., 3. Auflage.

Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht, 1. Band, 3. Auflage.

Staudinger: Kommentar zum B.-G.-Buche, 3. Bd., München 1898.

Strecker: Die allgemeinen Vorschriften des B.-G.-B. über Rechte an Grundstücken, Berlin 1898.

Thibaut: Über Besitz und Verjährung, Jena 1802.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Preussisch. Ausführungsbestimmungen, 1. Band, 2. Auflage.

Unterholzner: Verjährungslehre, 2. Bd., 2. Aufl.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 7. Auflage.

Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages, 1888, 3. Bd. (Dernburg).

v. Wächter: Pandekten, 2. Teil, Leipzig 1881.

Weiske: Rechtslexikon, Bd. X, (Heimbach).

Wendt: Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888.

v. Wening-Ingenheim: Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 1. Band, 4. Auflage.

Winscheid: Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 4. Auflage.

Winscheid-Kipp: Lehrbuch der Pandekten unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. R., Band 1, 8. Auflage.

Zielonacki: Kritische Erörterungen der Servitutenlehre nach dem römischen Rechte, Breslau 1849.

Corpus juris civilis: Kriegel'sche Ausgabe, 16. Auflage.

Corpus juris canonici: Ausgabe von Freiesleben, 1728.

Einleitung.

§ 1. Geschichtliches und Allgemeines über den Servitutenerwerb durch Ersitzung.

Der Erwerb einer Servitut durch Ersitzung oder kurz die Servitutenersitzung, d. h. der Erwerb einer Servitut durch die eine bestimmte Zeit fortgesetzte Ausübung derselben, gehört zu den umstrittensten Materien des gemeinen Rechts. Der Grund hierfür liegt in dem Mangel einer klaren und ausführlichen Behandlung dieses Instituts in den Quellen des römischen Rechts. Aus einem Fragment des Paulus (l 4 § 29, D. de usurp. et usucap. 41, 3) ersehen wir, dass man im älteren römischen Civilrechte die Grundsätze der ursprünglich nur für das Eigentum bestimmten usucapio auch auf die Servituten[1]) anwandte, dass aber durch eine lex Scribonia[2]) diese usucapio servitutum aufgehoben wurde. An ihre Stelle trat dann allmählich eine neue besondere Art der Ersitzung von Servituten, zu deren juristischer Ausbildung prätorische Rechtssprechung, Rechts-

[1]) In welchem Umfange? Sehr bestritten. Siehe darüber Glück, Erl. Bd. IX, S. 109. Hedemann, a. a. O., S. 2 ff. Karlowa, a. a. O., S. 545. Unterholzner, a. a. O., § 196.

[2]) Alter, Grund und Umfang dieses Gesetzes sind unbekannt. Hinsichtlich der hierüber aufgestellten Vermutungen siehe Glück, a. a. O., S. 113.

wissenschaft und kaiserliche Konstitutionen beigetragen haben. Von der longi temporis praescriptio besonders hinsichtlich der Voraussetzungen abweichend, trägt sie auch eine spezielle Bezeichnung. Wir begegnen ihr in den Quellen unter dem Namen »longa quasi possessio«, »longa consuetudo«, »longi temporis consuetudo«, »diuturnus usus«.

Die von ihr sprechenden, hierher gehörigen Stellen sind folgende:

l. 28 D. de S. P. U. 8,2.
l. 10 D. si serv. vind. 8,5.
l. 1 § ult. D. de aqu. et aqu. 39,3.
l. 5 § 3 D. de it. actuque priv. 43,19.
l. 1. 2 C. de serv. 3,34.

Unzweifelhaft geht aus diesen Quellenbelegen hervor, dass das spätere römische Recht das Rechtsinstitut einer besonderen Servitutenersitzung[1]) ausgebildet hatte. Aber das ist auch das Einzige, worüber Klarheit und Einmütigkeit herrscht.[2]) Wie diese longa quasi possessio jedoch beschaffen war, über ihren Umfang, ihre besonderen Erfordernisse, ist der Interpretation der weitgehendste

[1]) Siehe Hoffmann, Die Lehre von den Servituten II., S. 125 ff. Muther, a. a. O., S. 1 ff. Glück, a. a. O., S. 115 ff. Elvers, a. a. O., S. 737 ff.

[2]) Hedemann a. a. O. allein unternimmt den Versuch, besonders mit Berufung auf l. 10 § 1 D 41,3, nachzuweisen, dass das spätere römische Recht eine Servitutenersitzung überhaupt nicht kannte. Siehe dagegen Ferd. Muther a. a. O. Winscheid a. a. O. § 213, Note 1. Böhm a. a. O., S. 13. Höpfner a. a. O., § 352 leugnet, dass besondere Grundsätze für die Servitutenersitzung bestanden haben. Die Bestimmungen für die Eigentumsersitzung hätten auch auf Servituten Anwendung gefunden. Dagegen Unterholzner a. a. O., S. 152.

Spielraum gelassen. In dieser unfertigen Form ging die Servitutenersitzung auch ins gemeine Recht über. Wissenschaft sowohl wie Praxis gelangten daher zu den verschiedensten Resultaten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine Ersitzung von Servituten im gemeinrechtlichen Sinne nicht, wenigstens nicht von Servituten in der gebräuchlichsten und fast ausschliesslichen Form, nämlich an Grundstücken. Nur für einen einzigen Fall hat es eine eigentliche Dienstbarkeitsersitzung zugelassen, für die Ersitzung des Niessbrauchs an einer beweglichen Sache. Auf dieselbe finden die Vorschriften über die Eigentumsersitzung Anwendung. Da auf Grund des im Bürgerlichen Gesetzbuche befolgten sogen. Eintragungsprincips jede Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte allgemein von der Eintragung im Grundbuche abhängig ist, und da eine den Erwerb von Servituten betreffende Ausnahme im Gesetz nicht vorgesehen ist, so können auch Dienstbarkeiten an Grundstücken nur durch Eintragung im Grundbuche erworben werden. Dieses Erfordernis hat die Unanwendbarkeit der Ersitzung im gemeinrechtlichen Sinne auf solche Rechte zur notwendigen Folge. Dagegen hat die strenge Durchführung des Eintragungsprincips eine neue Form der Ersitzung gezeitigt, die Tabularersitzung. Sie ist notwendig, um einen dauernden Zwiespalt zwischen Bucheintrag und der wirklichen Rechtslage zu verhindern. Ein solcher Zwiespalt würde aber vorliegen, wenn der als Berechtigter Eingetragene die Dienstbarkeit nicht erworben hätte,

der Anspruch des Eigentümers aber verjährt wäre.[1]) Die Tabularersitzung ist »das Korrelat der 30jährigen Verjährung der Negatorienklage des Eigentümers«.[2]) Durch dieselbe sollen solche Dienstbarkeiten, welche infolge ihrer Eintragung die Vermutung der Rechtmässigkeit für sich haben (§ 891, Abs. 2, B.-G.-Buch), mit rückwirkender Kraft als vom Zeitpunkt der Eintragung ab zu Recht bestehend zur Anerkennung gebracht werden. Diese Tabularersitzung von Dienstbarkeiten ergiebt sich aus dem § 900, Abs. 2 B.-G.-B.

§ 2. Umfang der Servitutenersitzung.

Nachdem kurz die Möglichkeit einer Erwerbung von Dienstbarkeiten durch Ersitzung sowohl nach gemeinem Rechte als auch nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches festgestellt ist, bedarf es noch der Erörterung der Frage, in welchem Umfange diese Ersitzung nach beiden Rechten statthat, d. h. welche Arten von Dienstbarkeiten ersessen werden können, ob alle oder nur gewisse Klassen derselben? Im gemeinen Rechte herrschte darüber alles andere eher als Einigkeit. Viele, namentlich ältere Schriftsteller behaupteten, die Ersitzung fände keine Anwendung auf servitutes discontinuae, d. h. auf Servituten, die »nur bei gewissen Gelegenheiten oder nur zu gewissen Zeiten ausgeübt werden dürfen«,[3]) und wollen für

[1]) Planck a. a. O., S. 124.
[2]) Staudinger a. a. O., S. 55.
[3]) Dernburg a. a. O., § 239 i. f. S. 184.

ihren Erwerb durch Verjährung nur die Ersitzung durch unvordenkliche Zeit zulassen.[1]) Andere schlossen die negativen Servituten von der Ersitzung aus.[2]) Eine dritte Ansicht vertrat die Unzulässigkeit der Anwendung auf persönliche Servituten.[3]) Aber diese Beschränkung wurde von der herrschenden Meinung verworfen.[4]) Die longa quasi possessio wurde gleichmässig auf alle Servituten angewandt.

Der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches geht aus den §§ 900 und 1033 hervor. Im § 900, Abs. 2 wird bestimmt, dass die Tabularersitzung Anwendung findet 1. auf ein dingliches Recht, das zum Besitze des Grundstücks berechtigt, 2. auf ein dingliches Recht, dessen Ausübung nach

[1]) Die ältere Literatur ist bei Glück a. a. O., S. 148, Anm. 5 citiert. Ausserdem Pfeiffer a. a. O., S. 16. Flach a. a. O., S. 5.

[2]) Namentlich Bessel a. a. O., S. 412 ff. Er stützt seine Ansicht vor allem darauf, dass die tatsächliche Ausübung — das uti — der Servituten schlechterdings erkennbar sein müsse, dass dies aber bei negativen Servituten ausgeschlossen sei, weil die Ausübung bloss auf einer Unterlassung des Verpflichteten beruhe. (S. unten S. 14 ff.)

[3]) Vor allem Zimmern in Neustetel und Zimmern röm.-rechtl. Untersuchungen Bd. I, 5. S. 112 ff. Wening-Ingenheim a. a. O § 94 Siehe auch Unterholzner a. a. O. § 207. Die Widerlegung findet sich besonders bei Muther a. a. O. § 8. Bessel a. a O. S. 410. Luden a. a. O. S. 209 ff.

[4]) Arndts a. a. O. § 189, Anm. 2.
Dernburg a a. O. § 352.
Mühlenbruch a. a. O. S. 164.
Unterholzner a. a. O. § 207.
Vangerow a. a. O. § 351, Anm. 4.
Wächter a. a. O. S. 254.
Wendt a. a. O. S. 386.
Winscheid a. a. O. § 213, Anm. 6.

den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Unter die dinglichen Rechte ad 1. fällt der Niessbrauch an einem Grundstück (Vergl. § 1036 B.-G.-B.) und das Wohnungsrecht (Vergl. § 1093), unter die ad 2. die Grunddienstbarkeiten und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (Vergl. §§ 1029 und 1090). Daneben findet für den Niessbrauch an beweglichen Sachen die Ersitzung nach den Vorschriften über die Eigentumsersitzung statt. Dadurch wird also der ganze Kreis der nach Bürgerlichem Gesetzbuche möglichen Dienstbarkeiten umfasst.

§ 3. Vorbemerkung.

Die Erledigung der in den beiden vorhergehenden §§ behandelten Fragen erschien notwendig, bevor auf die eigentliche Aufgabe dieser Arbeit eingegangen werden konnte. Aus der ganzen Materie der Servitutenersitzung wird hier ein begrenzter Abschnitt herausgegriffen. Es wird nach den subjektiven Voraussetzungen der Ersitzung einer Servitut gefragt. Danach soll also dargestellt werden, welches persönliche Verhalten die bei der Ersitzung Beteiligten beobachten müssen, mit anderen Worten welche Erfordernisse in ihrer Person vorliegen müssen, damit eine rechtsgültige Ersitzung statthat. Es wird sich um die erforderliche Betätigung dieser Personen handeln, mag sie sich äusserlich kundgeben in Handlungen oder mag sie rein innerlich den Charakter dieser Handlungen bestimmen.

Die Bearbeitung soll in der Weise stattfinden, dass in einem ersten Teil der Standpunkt des gemeinen Rechts und in einem zweiten Teil der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches im Zusammenhang geschildert wird.

---

1. Teil:

Das gemeine Recht.

§ 3. Plan dieses Teils der Abhandlung.

In der gemeinrechtlichen Doktrin werden für den Servitutenerwerb durch Ersitzung folgende subjektive Erfordernisse aufgestellt:

1. Ununterbrochener Quasibesitz,
2. Rechtmässigkeit desselben,
   a) in negativer Hinsicht Ausübung nec vi nec clam nec precario,
   b) in positiver Hinsicht bona fides.

Nicht gefordert wird von der herrschenden Meinung als weiteres Requisit der Rechtmässigkeit des Servitutenbesitzes ein justus titulus. Dieser Streitfrage wird jedoch ein selbständiger Abschnitt (2 c im § 11) gewidmet werden. Alle diese Erfordernisse müssen in der Person desjenigen wirksam werden, der sich mit Erfolg auf die Ersitzung berufen will. In welcher Weise dies durch Stellvertreter geschehen kann, wird gegebenen Orts dargestellt werden.

Sehr bestritten als besondere Voraussetzung ist auch das Wissen des Eigentümers der dienenden Sache — scientia oder patientia domini — von der Ausübung der Servitut. Diese Frage wird in einem weiteren dritten Abschnitt (sub 3 im § 12) Erledigung finden.

1. Ununterbrochener Quasibesitz.

§ 5. Allgemeines.

Die erste subjektive Voraussetzung für die Servitutenersitzung ist naturgemäss der Besitz der Servitut seitens des Ersitzenden. Da der Ausdruck »Besitz« aber sowohl nach römischer wie heutiger Auffassung lediglich den Sachbesitz, d. h. die tatsächliche Herrschaft über eine Sache in allen ihren Beziehungen, bezeichnet, so spricht man bei dem hier vorliegenden analogen Verhältnisse richtiger von Quasibesitz, Rechtsbesitz, im spezifischen Sinne auch von Servitutenbesitz — in den Quellen juris quasi possessio.[1]) Man versteht darunter die tatsächliche Herrschaft über eine Sache in einzelnen Beziehungen. Sie äussert sich in der Ausübung von Befugnissen, welche den Inhalt einer Servitut ausmachen würden, falls diese rechtlich bestände.

Es genügt nun nicht, dass derjenige, welcher die Ersitzung einer Servitut geltend macht, den

[1]) Über die historische Entwickelung dieses Rechtsinstituts im röm. Recht siehe Bossert a. a. O. S. 2 ff. Elvers a. a. O. S. 647 ff. Hedemann a. a O. S. 95 ff. verwirft wie die Möglichkeit einer Servitutenersitzung so auch die herrschende Auffassung von der quasi possessio. Dagegen Rauda a. a. O. S. 91. Arndts a. a. O. § 187, Anm. 1.

Quasibesitz derselben erworben hat; er darf ihn auch nicht wieder verloren haben. Ununterbrochener Quasibesitz ist notwendiges Erfordernis.

Analog dem Sachbesitz enthält auch dieser Besitz zwei Elemente, ein äusseres (corpus — usus), d. i. die Ausübung des Servituteninhalts, und ein inneres Element (den animus), d. i. den auf die Ausübung gerichteten Willen..

§ 6. Das äussere Element, der usus.

Was zunächst das äussere Besitzelement anlangt, so geht aus den Quellen unzweifelhaft hervor, dass zum Erwerbe des Rechtsbesitzes wirkliche Ausübung des Inhalts des Rechts, dessen Besitz erworben werden soll, erforderlich ist. So l. 20 D. de serv. 8,1: »ego puto, usum juris pro traditione possessionis accipiendum esse«. Die blosse Möglichkeit der Ausübung eines Rechts ohne wirkliche Ausübung genügt zum Besitzerwerbe nicht. Das ist auch der Standpunkt der herrschenden Lehre.[1]) Daneben findet sich aber die Theorie, dass die blosse Möglichkeit der Ausübung hinreiche. Sie

[1]) Arndts a. a. O. § 187.
Baron a. a. O. § 174.
Bossert a. a. O. S. 15.
Elvers a. a. O. S. 676 ff.
Glück, Erl. Bd. II, S. 593.
Muther a. a. O. S. 42 ff.
Puchta, Pandekten § 138.
Randa a. a. O. §§ 2 und 26.
Savigny a. a. O. S. 474, 480, 492.
Schönemann a. a. O. S. 161.
Seuffert, Pandekten § 173.

wird namentlich vertreten von Winscheid[1]), Bruns[2]), Unterholzner[3]), Sintenis[4]) und Exner[5]).

Winscheid argumentiert a. a. O.: »So wenig für den Erwerb des Sachbesitzes wirkliche Einwirkung erforderlich ist, so wenig kann sie für die Erwerbung des Rechtsbesitzes erforderlich sein. Diese Konsequenz ist nicht abzuweisen.« Und doch kann dieser Schluss nicht gezogen werden. Denn die analoge Heranziehung der Bestimmungen über den Sachbesitz ist in diesem Fall nicht statthaft, weil die Quellen doch spezielle Bestimmungen über den Rechtsbesitz geben, die klar genug sprechen.[6]) [7])

Weiter berufen sich die Anhänger dieser Theorie auf l. 3 pr. D. 7,1 »dare autem intellegitur (sc. usumfructum), si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui«, die sie dahin auslegen, dass das Niessbrauchsrecht und damit auch der Niessbrauchsbesitz erworben würde, wenn mit Erlangung der Detention der dienenden Sache die Möglichkeit der Ausübung des Niessbrauchs gegeben würde. »In Wahrheit hat aber jene Regel den Grund, dass die Detention eben schon Ausübung des Niessbrauchsinhalts selbst ist.«[8]) Bedenklich ist es übrigens für die Haltbarkeit der Möglichkeitstheorie, wenn Winscheid selbst ein-

[1]) A. a. O. § 163, Anm. 5.
[2]) A. a. O. S. 476.
[3]) A. a. O. S. 165 f.
[4]) A. a. O. § 64, Anm. 36.
[5]) A. a. O. S. 150.
[6]) Siehe darüber ausführlich Bossert a. a. O. S. 18.
[7]) Vergl. l. 20 pr. D. 8,2. l. 10 pr. D. 8,5.
[8]) Bossert a. a. O. S. 19.

räumen muss: »Wird freilich die betreffende Handlung nie vorgenommen, so darf kein Besitz angenommen werden.«

Also wirkliche Ausübung ist die Grundlage des Servitutenbesitzes.[1]) Die Art und Weise dieser Ausübung ist naturgemäss bei den einzelnen Arten der Servituten sehr verschieden. Die Personalservituten anlangend, so besteht ihre Eigentümlichkeit darin, dass ihre Ausübung den natürlichen Besitz der Sache voraussetzt. Es ist nun bestritten, ob mit der Erlangung des natürlichen Besitzes auch der Besitz des Ususfruktus — wir behandeln speziell diesen, weil für die übrigen Personalservituten dasselbe gilt — erworben wird. Dies bejahen Savigny[2]), Bossert[3]), Elvers[4]), Muther[5]), Puchta[6]), Randa[7]). Savigny führt aus, dass dieser Besitz erworben wird durch dasselbe Handeln wie der Besitz der Sache selbst, »namentlich durch Übergabe der Sache oder dadurch, dass der Eigentümer in das Grundstück einführt oder den fructuarius selbst in Besitz nehmen lässt.« Ebenso meint Elvers, dass nur die Ausübung des Ususfruktus als Besitz desselben gelten könne, welche sich als Detention des Körpers der Sache darstelle. Aber die Detention der Sache genüge auch zur Begründung des Niessbrauchsbesitzes.

1) »Juris possessio ist usus.« Siehe Ihering a. a. O. S. 487.
2) A. a. O. § 45.
3) A. a. O. S. 19.
4) A. a. O. S. 674.
5) A. a. O. S. 42.
6) A. a. O. § 138.
7) A. a. O. S. 711.

Dagegen wird von anderer Seite, namentlich von Heimbach[1]), Sintenis[2]), Unterholzner[3]), Zielonacki[4]) neben dem natürlichen Besitz ein wirklicher Gebrauch, namentlich Fruchtziehung gefordert. So sagt Heimbach a. a. O.: »Der Quasibesitz besteht bei dem Ususfruktus nicht in der Detention der dienenden Sache, sondern in der Ausübung des Niessbrauchs, in den einzelnen Äusserungen des uti frui.« Ähnlich Sintenis a. a. O.: »Das Innehaben des Gegenstandes, ohne welches allerdings der Niessbrauch nicht ausgeübt werden kann, ist nicht der Quasibesitz der Servitut, dieser besteht in der Äusserung des uti frui«. Das ist gewiss insofern richtig, als die Detention der Sache nicht den einzigen Inhalt der Servitut ausmacht, aber falsch, insoweit verkannt wird, dass eben die Detention schon eine Äusserung des uti frui ist (s. o. S. 10). Die Erlangung des Sachbesitzes ist wirkliche Ausübung des Niessbrauchsinhalts. Damit ist also das für den Besitzerwerb erforderliche äussere Element erfüllt.

Zu den Realservituten übergehend, ist zu unterscheiden zwischen den positiven und den negativen. Unter den positiven Realservituten können wir eine Gruppe zusammenfassen, deren Inhalt in dem Haben einer gewissen Anstalt, in einer beständigen Vorrichtung auf fremdem Grundstück besteht, z. B. die servitus tigni immittendi,

[1]) In Weiskes Rechtslexikon X, S. 329.
[2]) A. a. O. S. 600.
[3]) A. a. O. S. 113.
[4]) A. a. O. S. 153.

servitus oneris ferendi. Bei ihnen liegt die Ausübungshandlung in der Herstellung der betreffenden Vorrichtung, z. B. in dem Einfügen des Balkens. So l. 20 pr. D. de serv. praed. urb. 8,2:

Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur ... per causam tigni possideo habendi consuetudinem.

Bei einer anderen Gruppe, bei den Servituten, welche zu einzelnen zeitlich auseinander fallenden Handlungen berechtigen, (die servitutes discontinuae) z. B. bei den Wegegerechtigkeiten, ist erforderlich, dass der wesentliche Inhalt der betr. Servitut wirklich ausgeübt wird, z. B. dass der Weg tatsächlich benutzt wird. Zu dieser Gruppe gehören auch diejenigen Servituten, welche zur Vornahme einzelner Handlungen berechtigen, zu deren Ermöglichung aber erst die Herstellung einer Anstalt auf dem dienenden Grundstück erforderlich ist, z. B. die Servitut einer zeitweilig unterbrochenen Wasserleitung, die Servitut einer Wegegerechtigkeit, zu deren Ausübung die Legung von Schienen geboten ist. Hier ist der Besitz nicht schon durch die Herstellung oder das Bestehen der Vorrichtungen, z. B. der Röhrenleitung oder der Schienen, auf dem dienenden Grundstück erworben, sondern erst durch wirkliche Vornahme der die eigentliche Servitut ausmachenden einzelnen Handlungen.[1]) Anderer Ansicht sind allerdings Elvers[2]) und Unterholzner[3]), welche diese Servituten zu den servitutes habendi zählen.

[1]) Randa a. a. O. S. 722. Maret a. a. O. S. 16.
[2]) A. a. O. S. 677.
[3]) A. a. O. S. 125 f.

Es erübrigt noch zu zeigen, worin bei den negativen Servituten, d. h. den Rechten darauf, dass mit dem dienenden Grundstück etwas nicht vorgenommen werden darf, die Ausübung besteht. Darüber herrscht Meinungsverschiedenheit. Von älteren Schriftstellern, namentlich Glück[1]) und Savigny[2]), wurde mit Berufung auf l. 6 § 1 D. si serv. 8,5:

Sciendum tamen, in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem, et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est; nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam ..... die Ansicht vertreten, dass das blosse Nichttun von Seiten des Eigentümers des dienenden Grundstücks zum Besitz (d. i. dem äusseren Besitzelement) der Servitut hinreiche. Danach befände sich also z. B. jeder Hauseigentümer gegen alle Nachbarn im Besitze einer servitus, ne altius tollatur. Weist schon das gesunde Rechtsgefühl diese Konsequenz ab, so ist auch die Interpretation der cit. Stelle nach dieser Richtung zu verwerfen. Es sind verschiedene Auslegungen versucht.[3]) Am richtigsten scheint mir die Deutung von Randa[4]) zu sein: »Bei der servitus altius non tollendi sei der Servitutberechtigte immer auch Besitzer, vorausgesetzt

1) Erl., Bd. X, S. 213.
2) Recht des Besitzes, 1. und 2. Ausgabe.
3) Bossert a. a. O. S. 24.
Savigny a. a. O. S. 493.
Winscheid a. a. O. § 163.
4) A a. O. § 28, Anm 4

dass der Gegner nicht gebaut habe, der Servitutbesitz hindere aber die vindicatio servitutis nicht. Habe also der Gegner zu bauen angefangen, so könne der Berechtigte sowohl die actio confessoria als auch das interdictum quod vi aut clam anstellen.«

Von der herrschenden Lehre wird auch die oben erörterte Auffassung verworfen. Nur scheinbar folgen ihr noch Elvers[1]) und Randa[2]), indem beide das Erfordernis des äusseren Besitzmomentes schon mit dem Vorhandensein des Zustandes, d. h. dem Nichttun seitens des dominus praedii servientis, als gegeben ansehen. Aber sie begnügen sich in Wahrheit hiermit nicht. Denn sonst würde ja, wenn zu diesem tatsächlichen Zustand lediglich der äusserlich nicht erkennbare Wille träte, z. B. des Hauseigentümers, gegen alle Nachbarn eine servitus altius non tollendi auszuüben, der Servitutenbesitz erworben sein. Und das würde praktisch dasselbe unbefriedigende Resultat darstellen als es sich auf Grund der oben verworfenen Ansicht ergiebt. Sie verlangen vielmehr als weiteres Erfordernis, dass der Wille des Eigentümers des herrschenden Grundstücks wie bei den positiven Realservituten, so auch bei diesen in irgendeiner Form zum äusseren Ausdruck gelangt ist. Infolge dieses geäusserten Willens erst muss der den Inhalt der Servitut bildende Zustand bestehen. Dieses »Kausalitätsverhältnis«, wie Bossert[3]) es nennt, kann in verschiedener Weise

[1]) A. a. O. S. 680.
[2]) A. a. O. S. 724.
[3]) A. a. O. S. 25.

hergestellt werden, namentlich dadurch, dass die entgegengesetzte Handlung versucht und verhindert wird, oder durch Abschluss eines Vertrages auf Belassung des Zustandes. Erst hierdurch ist die wirkliche Ausübung des Servitutenbesitzes, d. h. das äussere Besitzelement, der usus, gegeben. Dieses Erfordernis wird jetzt allgemein in Theorie[1]) und Praxis[2]) aufgestellt.

Bisher ist nur von dem factum possessionis die Rede gewesen, soweit es zum Erwerbe des Quasibesitzes erforderlich ist. Zur Servitutenersitzung ist jedoch fortdauernder, ununterbrochener Quasibesitz notwendig. Es bleibt also noch zu untersuchen, worin der usus hinsichtlich der Fortdauer des Besitzes bestehen muss. Savigny[3]), Elvers[4]), Glück[5]), Randa[6]), Schönemann[7]) vertreten bei der Behandlung des Quasibesitzes ex professo den Standpunkt, dass, wenn für den Erwerb desselben auch wirkliche Ausübung des Servituten-

[1]) Baron a. a. O. § 174.
Bossert a. a. O. S. 23 ff.
Dernburg a. a. O. § 190.
Muther a. a. O. S. 44.
Puchta a. a. O. § 138.
Savigny a. a. O. S. 495.
Seuffert, Pandekten § 173.
Sintenis a. a. O. S. 600.
Unterholzner a. a. O. S. 167.
Winscheid a. a. O. § 163.

[2]) Seufferts Archiv, Bd. VI, 16. XIV, 13. XXV, 8. R.-G. XX, Seite 349.

[3]) A. a. O. S. 474, 480, 492.

[4]) A. a. O. S. 676 ff.

[5]) Erl. II. S. 593.

[6]) A. a. O. § 2.

[7]) A. a. O. S. 161.

inhalts vorausgesetzt werden müsse, für das fernere Bestehen desselben die Möglichkeit der Ausübung genüge. Dagegen fordert Bossert[1]) auch für die Fortdauer des Servitutenbesitzes wirkliche fortwährende Ausübung des Servituteninhalts. Nach ihm liegt das äussere Element des Servitutenbesitzes »in dem auf der Ausübung des Servituteninhalts beruhenden, in dem durch die Ausübung begründeten und auf sie fortwährend sich stützenden Verhältnisse — dem sogen. Ausübungsverhältnisse.«

Wir brauchen hier nicht näher auf diese Meinungsverschiedenheit einzugehen, da uns nicht der Servitutenbesitz als solcher beschäftigt, sondern nur soweit er zur Ersitzung führen soll. Was diesen aber anlangt, so modifizieren die erstgenannten Schriftsteller ihre Ansicht hinsichtlich seiner Fortdauer derart, dass sie mit Bossert materiell völlig übereinstimmen. So sagt Randa[2]): »Eine andere Frage ist es, ob so ein Besitz« (d. h. der Servitutenbesitz, zu dessen Erwerb, wie ausgeführt, wirkliche Ausübung, zu dessen Erhaltung aber nur die faktische Möglichkeit ständiger Wiederholung der Ausübungshandlung gefordert wird) »zur Ersitzung hinreicht. Nach gemeinem Rechte gewiss nicht, selbst dann nicht, wenn die ganze Ersitzungszeit hindurch keine weitere Gelegenheit zur Ausübung sich geboten hätte.« Und Savigny[3]) bemerkt, »dass es mit der

---

[1]) A. a. O. S. 20 ff.
[2]) A. a. O. S. 769, Anm. 7.
[3]) A. a. O. S. 475, Anm. 2.

Fortsetzung des Besitzes, soweit sie zur Ersitzung führen solle, eine besondere Bewandtnis habe.«

Mit Bossert stimmt im wesentlichen Busch[1]) überein, der für die Forterhaltung des Besitzes eine vielfältige über die Verjährungszeit sich erstreckende Ausübung des als Servitut in Anspruch genommenen Rechts fordert. Sprechen ja auch die Quellen von einem »diuturnus usus«, einer »longa quasi possessio«, einer »longa consuetudo«. So l. 10 pr. D. si serv. 8,5:

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit . . . . .

. . . . . per annos forte tot usum . . . . . .

Von einem »diuturnus usus« kann aber nicht die Rede sein, wenn durch eine einzelne Handlung der Servitutenbesitz zwar erworben ist, später jedoch trotz bestehender Möglichkeit nicht wieder ausgeübt worden ist.

Von anderer Seite wird gegenüber einer allgemeinen Formulierung für einzelne Servituten ein bestimmtes Mass der Ausübung gefordert. So verlangt Hasse[2]) für die servitutes discontinuae wenigstens einmalige Ausübung in jedem Jahre[3]), für Wegegerechtigkeiten sogar dreissigmalige Ausübung in jedem Jahre, letzteres unter Berufung auf l. 1 § 2 D. de itin. actuque priv. 43,19:

Si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus.

[1]) Archiv f. civilist. Praxis, Bd. 31, S. 260 ff.
[2]) A. a. O. S. 408.
[3]) Vergl. auch Seufferts Archiv Bd. I, 408, XVI, 177.

Diese Stelle bestimmt auch Muther[1]), für das römische Recht das Erfordernis dreissigmaliger Ausübung in jedem Jahre bei Wegservituten anzunehmen. Er muss aber zugeben, dass diese Forderung für das gemeine Recht nicht mehr aufgestellt werden kann. »Es genüge, dass die Servitut so oft ausgeübt werde, als das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks es fordere.«

Aus alledem ist ersichtlich, dass sich feste Regeln für die Art und das Mass der Ausübung nicht aufstellen lassen. Es ist vielmehr in jedem Fall, in welchem die Frage praktisch brennend wird, besonders zu untersuchen, ob der Besitz in seiner äusseren Form auf Grund der wiederholten, wenn auch zeitweilig unterbrochenen Ausübung noch als fortdauernd angesehen werden kann. Dies ist auch die herrschende Ansicht in Theorie[2]) und Praxis.[3])

Bisher ist nur die Person des Ersitzenden, bei den Realservituten speziell die des Eigentümers des herrschenden Grundstücks, hinsichtlich ihrer äusseren Betätigung für den Besitzerwerb und die Besitzerhaltung in Betracht gezogen worden. Es ist jedoch keineswegs erforderlich, dass er die Ausübungshandlungen persönlich vornimmt, sondern es findet für das factum possessionis, den usus, allgemein eine Stellvertretung statt. Hin-

1) V. a. O. S. 45 ff.

2) Bossert a. a. O. S. 59.
Unterholzner a. a. O. S. 181
Winscheid a. a. O. § 213, Anm. 3.

3) Seufferts Archiv Bd. I, 408. IX, 129. XIII, 83. XV, 206. XVI, 177. XXI, 107.

sichtlich des Besitzerwerbes stellt dies Paulus (Sent. V, 2) fest:

Possessionem acquirimus corpore et animo, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Für die Fortsetzung des Besitzes durch Stellvertreter sind folgende Quellenstellen von Bedeutung:

l. 1 § 7 D. de itin. actuque priv. 43,19.

Is, cuius colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere vel actu vel via.

l. 3 § 4 D. eod.

Uti videmur servitutibus etiam per servos, vel colonos, vel amicos, vel etiam hospites, et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes.

Die Art und Weise der durch Stellvertreter erfolgten Ausübung bestimmt sich nach dem oben Dargestellten.

§ 7. Das innere Element, der animus.

Nach Darstellung des äusseren Besitzelements, der konkreten Ausübung des Servitutenrechts, ist noch das zweite Erfordernis, der animus jus quasi possidendi, ins Auge zu fassen. Servitutenbesitz wird man dem nicht zusprechen, der unbewusst oder ohne Besitzabsicht Ausübungshandlungen vornimmt, diese müssen sich vielmehr als Ausfluss eines bestimmt gerichteten Willens qualifizieren. Nur so kann der usus rechtliche Folgen erzeugen. Und zwar charakterisiert sich dieser animus als der Wille, den Servituteninhalt wie ein Recht im

eigenen Namen auszuüben. Diese Natur des Besitzwillens ergibt sich aus folgenden Quellenstellen:

l. 25 D. quemadm. serv. am. 8,6.

Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

l. 7 D. de itin. actuque priv. 43,19.

Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet.

l. 1 § 19 D. de aqu. cot. 43,20.

Aristo putat, eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo iure uti: non eum, qui scit se nullum ius habere, et utitur.

Zwar sind diese Stellen so ausgelegt worden[1]), als ob darin als inneres Besitzelement gefordert würde der Glaube, dass einem das Recht zur Ausübung zustände, also bona fides.

Es steht auch sprachlich nichts im Wege, das »suo iure uti se credidit« und »se putat suo iure uti« an sich in diesem Sinne zu interpretieren. Aber der Zusammenhang lehrt (die Gegenüberstellung von »suo iure uti« und »pro via publica

[1]) Hoffmann, Lehre von den Servituten, S. 272.
Zielonacki a. a. O. S. 154.
Dagegen siehe Busch a. a O. S. 252.
Savigny a. a. O. § 46, S. 480.
Sintenis a. a. O. S. 600, Anm. 32.
Winscheid a. a. O. § 163 u. a. m.

usus«, von »iure suo faceret« und »si prohiberetur, non facturus«), dass damit nur das Erfordernis des auf die Rechtsausübung gerichteten Willens gekennzeichnet werden soll.[1])

Irrtümlicher Weise wird nun von vielen, z. B. von Savigny[2]), Busch[3]), Dernburg[4]), der Wille so bezeichnet, als ob er darauf gerichtet sein müsse, den Servituteninhalt a l s ein Recht auszuüben. Damit wird ausgedrückt, dass man sich eine rechtliche Herrschaft über die Servitut anmassen müsse. Dieses Moment braucht aber der animus nicht zu enthalten. Mit Recht sagt Winscheid[5]): »Dagegen ist nicht der Wille erforderlich, die eigene Herrschaft« (d. h. über die Sache in einzelnen Beziehungen, den Servituteninhalt) »als Recht, als rechtlich begründete, auszuüben. Denn auch der Sachbesitz erfordert nicht den Willen, die Herrschaft über die Sache als eine rechtlich begründete auszuüben.«[6]) Es genügt vielmehr der Wille, den Inhalt der Servitut w i e ein Recht auszuüben (tamquam suo iure uti), d. h. der Wille, eine faktische Herrschaft auszuüben.[7])

Diese Bestimmung des Willensbegriffes hindert natürlich nicht, dass in vielen Fällen der Wille

[1]) Vergl. Bossert a. a. O. S. 41.
[2]) A. a. O. S. 480, 484.
[3]) A. a. O. S. 243.
[4]) A. a. O. § 252.
[5]) A. a. O. § 163, Anm 6
[6]) Ebenso Randa a. a. O. § 25.
[7]) Vergl. Bossert a. a. O. S. 42 ff.
Maret a. a. O. S. 11 ff.
Randa a. a. O. S. 670.
Seufferts Archiv, Bd. XVII, 14.

weitergehen und sich darauf erstrecken wird, die Servitut als eigenes Recht auszuüben. Hier ist es nun streitig geworden, ob auch bei demjenigen dieser Wille vorhanden ist, welcher Besitzhandlungen an einer Sache vornahm in der Meinung, dass die Sache ihm gehöre, also in Eigentumsabsicht. Dies wird bestritten u. a. von Bossert[1]), Busch[2]), Randa[3]), und auch Erkenntnisse der höchsten Gerichte[4]) verneinen diese Ansicht. In einer Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 17. Nov. 1854 (Seufferts Archiv, Bd. VIII, 220) lautet es:

»Neben der Absicht, das Eigentumsrecht an einer Sache auszuüben, kann die Absicht, ein Dienstbarkeitsrecht an derselben auszuüben, nicht bestehen; die erste Absicht schliesst die letztere notwendig aus.«

Dagegen sprechen sich andere Entscheidungen dahin aus, es sei nur erforderlich, dass der Servitutenprätendent die Servitut als ein ihm zustehendes Recht ausgeübt habe. »Hieran fehlt es aber bei demjenigen nicht, der sogar das alle dinglichen Rechte in sich begreifende Eigentum an dem fraglichen Grundstück zu haben glaubt.[5]) Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Meinung in der Wissenschaft[6]) und der reichs-

1) A. a. O. S. 49.
2) A. a. O. S. 252.
3) A. a. O. § 25, S. 674 f.
4) Seufferts Archiv Bd. VIII, 236, 270. XXII, 22.
5) » » Bd. VII, 154. XXII, 23. VIII, 292. XX, 19. XXVII, 98.
6) Dernburg a. a. O. § 252, Anm. 6.
Winscheid a. a. O. § 163, Anm. 6.

gerichtlichen Spruchpraxis.[1]) Der erforderliche Wille ist also auch bei demjenigen vorhanden, welcher Besitzhandlungen an dem dienenden Grundstück in der Meinung eines Eigentumsrechtes vorgenommen hat. »Und tatsächlich verlangen auch die oben citierten Quellen nirgends ein mehreres, als dass der Ersitzende überhaupt nur in dem Glauben, von einem Rechte Gebrauch zu machen, dasselbe ausgeübt habe; dass dies aber gerade mit der Absicht und dem Bewusstsein von der juristischen Qualität dieses Rechts geschehen sein müsse, deuten sie weder an noch folgt dies aus den allgemeinen Grundsätzen über die Ersitzung.«[2])

Dieser Besitzwille, für den Besitzerwerb notwendige Voraussetzung, braucht natürlich zur Herbeiführung eines continuierlichen Besitzstandes in dem Besitzer nicht ununterbrochen lebendig zu bleiben. Das wäre schlechterdings unerfüllbar. Vielmehr tritt erst dann der Besitzverlust ein, wenn der Wille äusserlich erkennbar aufgegeben wird. Andrerseits muss aber gefordert werden, dass der Wille, da der Besitz ein dauernder Zustand ist, auf eine dem Charakter der Servitut entsprechende wiederholte Ausübung gerichtet ist. Daher hat derjenige nicht schon den Besitz einer Servitut erworben, welcher über ein Feld gegangen ist, weil gerade der öffentliche Weg unpassierbar war[3]), oder welcher von einer für einige Male erteilten

[1]) R. G., Bd. IV, S. 137. VII, S. 146.
[2]) R. G., Bd. IV, S. 137.
[3]) l. 6 § 1 D. 43,19 (oben citiert).

Erlaubnis Gebrauch gemacht hat. Ebensowenig kann demjenigen Besitz zugesprochen werden, der die Servitut in der Voraussetzung ausgeübt hat, dass sie keinen Schaden tun und der Eigentümer deshalb nichts dagegen haben würde — sog. jus facultatis, jus secundum quid permissivum[1]) —, oder demjenigen, der die Servitut lediglich mit Rücksicht auf das zwischen ihm und dem andern bestehende freundschaftliche, nachbarliche oder verwandtschaftliche Verhältnis ausübt — sog. jus familiaritatis.

Im Anschluss an die Erörterung des Wesens des Servitutenbesitzwillens sind noch zwei Fragen zu behandeln, einmal welche Personen dieses animus jus quasi possidendi überhaupt fähig sind, also Rechtsbesitz erwerben können, zweitens in welcher Weise in dem Besitzwillen eine Stellvertretung stattfindet.[2]) Die Beantwortung beider Fragen berührt die zu Grunde liegende Aufgabe unmittelbar, da sie den Kreis der Personen begrenzt, in welchen die eigentlichen Ersitzungserfordernisse wirksam werden können, und damit zugleich besondere subjektive Voraussetzungen für die Ersitzung aufstellt. Die erste Frage soll nicht in der oben gefassten positiven Form behandelt werden, sondern in der negativen, welche Personen des animus possidendi unfähig sind.[3]) Unbestritten ist, dass Geisteskranke keinen Besitzwillen fassen können.

[1]) Albert a. a. O. §§ 73, 74.

[2]) Da für den Servitutenbesitz spezielle Bestimmungen in dieser Richtung nicht bestehen, so sind die betr. Vorschriften über den Sachbesitz analog anzuwenden.

[3]) Darüber besonders Savigny a. a. O. § 21.

l. 1 § 3 D. de aqu. et am. poss. 41,2.

Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat; sed pupillus tutore auctore incipiet possidere.

Für Kinder (infantes) müsste dasselbe gelten, da auch sie im übrigen unfähig sind, wirksame Willensentschlüsse zu äussern. Aber gerade hinsichtlich des Besitzerwerbes macht das römische Recht für sie eine Ausnahme. Hier kommen folgende Quellen in Betracht:

l. 32 § 2 D. eod.

Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem.

l. 3 C. de acqu. et. retin. poss. 7,32.

Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientis, tamen consultius videtur, interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin, sicuti consultissimi viri Papiani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri.

l. 32 § 2 cit. ist sehr bestritten, doch nimmt die herrschende Lehre an[1]), durch dieselbe werde

[1]) Winscheid a. a. O. § 155, Anm. 13.

bestimmt, dass die Kinder auch in eigener Person mit auctoritatis tutoris interpositio Besitz erwerben könnten. »Heute müssen wir allerdings diesen Vorgang so auffassen, dass der Vormund auf Grund seines Besitzwillens durch das Kind für das Kind Besitz erwirbt.«[1]) Durch l. 3 lit. wird jedenfalls ausgesprochen, dass die infantes, wenn ihnen etwas geschenkt wird, auch ohne Unterstützung des Vormundes durch Tradition Besitz erwerben. Daneben findet für alle Fälle, ebenso wie bei den Wahnsinnigen, Vertretung durch den Vormund statt. Davon ist unten zu sprechen.

Es bleibt noch die Frage zu untersuchen, ob juristische Personen des animus possidendi fähig sind. Bestimmend für ihre Beantwortung ist die Auffassung von dem Wesen und der Handlungsfähigkeit der juristischen Person an sich. Die Anhänger der sog. Fiktionstheorie, namentlich Savigny, welche die juristische Person nur vermittels einer Fiktion als Subjekt von Rechten betrachten, sprechen ihnen die Fähigkeit zur selbständigen Willensbildung ab und halten sie demgemäss auch des Besitzwillens für unfähig.[2]) Zu anderem Ergebnisse gelangt man auf Grund der jetzt als herrschend anzusehenden, insbesondere von Beseler und Gierke begründeten Theorie der realen Verbandspersönlichkeit. Nach dieser sind die juristischen Personen handlungsfähig, und ihre Organe, also vor allem der Vorstand nehmen gewissermassen nur dieselbe Stelle ein, wie beim

1) Dernburg a a. O. § 179, Anm. 8.
2) Savigny a. a. O. S. 247.

Menschen Hand und Mund, durch die er seinen Willen kundgibt. Danach sind also juristische Personen wohl der Bildung des animus possidendi fähig, können daher Servitutenbesitz erwerben.

Die Frage nach der Stellvertretung, und zwar der direkten Stellvertretung, beim Quasibesitz ist hinsichtlich des äusseren Besitzelements bereits berührt. Wir haben gesehen, dass die konkrete Ausübung allgemein durch Stellvertreter erfolgen kann. Dagegen ist zu betonen, dass »in dem Besitzwillen handlungsfähiger Personen eine Stellvertretung nicht statthat.«[1]) Für den Besitzerwerb einer Servitut durch einen Repräsentanten[2]) genügt keineswegs der Wille des Stellvertreters, für den Vertretenen (alieno nomine) den Inhalt der Servitut auszuüben. Es ist vielmehr als weitere Voraussetzung der Wille des Repräsentierten unumgänglich notwendig, durch den Vertreter ein Recht für sich zu gebrauchen. Und dieser Wille muss in bestimmter Weise zum Ausdruck gebracht werden, entweder in einem Auftrage oder in der Genehmigung seitens des Vertretenen.[3]) Für den Besitzerwerb durch einen Pächter wird z. B. gefordert[4]), »dass abgesehen von dem factum

[1]) Randa a. a. O. § 31.

[2]) Die Zulassung der direkten Stellvertretung beim Besitzerwerb ist für das gemeine Recht allgemein anerkannt. Bestritten dagegen für das röm. Recht. Siehe besonders Schlossmann a. a. O.

[3]) Das Erfordernis dieses Repräsentationsverhältnisses zwischen Stellvertreter und Vertretenem als nicht quellengemäss auch für das heutige Recht fallen zu lassen, befürwortet Schlossmann a. a. O. S. 169.

[4]) Seufferts Archiv Bd. XXIII, 214.

possessionis der Pächter die Absicht hat, für den Verpächter zu besitzen, und letzterer den Willen, den fraglichen Besitz durch Vermittlung des Pächters als seines Repräsentanten zu haben und auszuüben; denn ist derselbe auf Seiten des Repräsentierten nicht vorhanden, so tritt, sofern nicht Mandat oder ein besonderer Fall vorliegt, der Grundsatz ein: ‚ignoranti possessio non acquiritur'.«[1])

Von dieser Regel, dass der Wille des Vertretenen zur Entstehung des Besitzes gefordert wird, besteht jedoch eine Ausnahme. Handlungsunfähige Personen (Geisteskranke und Kinder) und in der Handlungsfähigkeit Beschränkte können, obwohl sie einer selbständigen Willensbildung nicht fähig sind, durch ihre gesetzlichen Vertreter Besitz erwerben. Hier genügt also lediglich der Besitzwille des Stellvertreters, der den juristisch irrelevanten Willen des Bevormundeten ersetzt.

Für die Fortsetzung des Besitzes liegt es wesentlich anders. Da der Wille des Besitzers so lange als fortbestehend gilt, als er nicht äusserlich erkennbar aufgegeben wird, so genügt zur Erhaltung des Besitzes jede Ausübung des Servituteninhalts, welche domini nomine vorgenommen wird. Für Realservituten insbesondere gilt, dass ihr Besitz durch die Handlung jeder fremden Person (auch ohne Repräsentationsverhältnis) erhalten wird, wenn nur diese Handlung fundi nomine geschieht.

1) Savigny a. a. O. § 26, S. 307.

l. 1 § 7 D. de itin. actuque priv. 43,19.

Is, cuius colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere vel actu vel via.

Ferner l. 3 § 4 D. eod. (siehe oben S. 20).

Zwar behauptet Unterholzner[1]) auf Grund dieser Stellen, dass auch der Erwerb des Servitutenbesitzes sich vollziehen kann durch Ausübung der Servitut fundi nomine seitens irgendeiner Person. Aber diese Stellen beziehen sich nur auf die Erhaltung des Besitzes.

2. Rechtmässigkeit des Quasibesitzes.

§ 8. Allgemeines.

Ununterbrochener Quasibesitz ist also die erste Voraussetzung des Servitutenerwerbs durch Ersitzung, er ist das natürliche Fundament der Ersitzung. Damit aber dieser dauernde tatsächliche Zustand zu einem rechtlich anerkannten erhoben werden kann, muss der Besitz sozusagen einen Läuterungsprozess durchmachen. Es hiesse eine Prämie auf Gewalt und Unrecht setzen, würde das Recht nicht von dem Besitz in subjektiver Hinsicht noch eine besondere Qualifikation verlangen. Demgemäss ist Rechtmässigkeit des Servitutenbesitzes zu einem weiteren Requisit für die Servitutenersitzung erhoben. Und zwar muss sich die Rechtmässigkeit in doppelter Richtung zeigen, in negativer Hinsicht insofern als der

[1]) A. a. O. § 194.

Besitz nec vi nec clam nec precario stattfinden darf, in positiver Hinsicht insofern, als die Ausübung des Servituteninhalts bona fide geschehen muss.

§ 9. In negativer Hinsicht Ausübung nec vi nec clam nec precario.

Das Erfordernis der Ausübung nec vi nec clam nec precario ist klar aus den Quellen ersichtlich:

l. 10 pr. D. si serv. 8,5.

. . . . . utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

l. 1 § ult. D. de aqua et aqu. pl. 39,3.

. . . . . sane enim diu servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine, vel ex iure impositam servitutem videatur.

l. 1 C. de serv. 3,34.

Is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet.

Dagegen ist aus diesen und den übrigen von der Servitutenersitzung sprechenden Quellen die Bedeutung der einzelnen Ausdrücke, des »vi«, »clam«, »precario« possidere nicht erkennbar. »Jedoch hindert nichts, zur Klarstellung des »vi possidere« die Bestimmungen über das »vi facere im interdictum quod vi aut clam und zur Deutung des »clam servitute uti« die Untersuchungen über

das interdictum de itinere actuque privato und ebenfalls das interdictum quod vi aut clam heranzuziehen.«[1])

Über die Bedeutung des »nec vi« uti geben uns folgende Stellen Auskunft:

l. 1 § 5 D. quod vi aut clam 43,24.

Vi factum videri Quintus Mutius scripsit, si quis contra, quam prohiberetur, fecerit.[2])

l. 1 § 8 D. eod.

Sed et Aristo ait, eum quoque vi facere, qui, quum sciret se prohiberi, per vim molitus est, ne prohiberi possit.

l. 20 pr. D. eod.

Vi facit tam is, qui prohibitus fecit quam is, qui quominus prohibeatur, consecutus est; periculum puta adversario denuntiando, aut ianua puta praeclusa.

l. 20 § 1 D. eod.

Prohibitus autem intellegitur quolibet prohibentis actu: id est vel dicentis, se prohibere, vel manum opponentis lapillumve iactantis prohibendi gratia.

Danach handelt also nicht nur derjenige gewaltsam, welcher durch Drohung oder physische Gewalt den tatsächlichen Widerstand des Berechtigten bricht, sondern auch derjenige, welcher

[1]) Unterholzner a. a. O. § 211.
Göschen a. a. O. S 266.
Hasse a. a. O. S. 417 ff.
Maret a. a. O. S. 23.
Winscheid a. a. O. § 213,5.
Ferner R. G. Bd. I, S. 104. XXV, S. 147.
A. M. Elvers a. a. O. S. 746.

[2]) Ferner l. 1 § 6—7, l. 1 § 10—11 D. eod.

den Berechtigten — also den Eigentümer der zum Dienen bestimmten Sache oder dessen Stellvertreter[1]) — hindert, Widerspruch zu erheben, oder wenn Widerspruch erhoben ist, trotzdem von einem Servituteninhalt Gebrauch macht.[2])

Der Begriff »nec clam« wird aus folgenden Quellen klar:

l. 3 § 7 D. eod.

Clam facere videri, Cassius scribit, eum qui celavit adversarium neque ei denuntiavit, si modo timuit eius controversiam, aut debuit timere.

l. 3 § 8 D. eod.

Item Aristo putat, eum quoque clam facere, qui celandi animo habet eum, quem prohibiturum se intellexerit, et id existimat aut existimare debet, se prohibitum iri.

l. 3 pr. D. de itin. actuque priv. 43,19.

Nam qui prohibitus utitur, clam utitur.

In heimlicher Ausübung befindet sich danach derjenige, welcher glaubt, dass der, dessen Widerspruch zu befürchten ist, nichts davon erfahren werde, oder welcher beabsichtigt, dass der Berechtigte nichts davon erfahren soll; ferner auch derjenige, welcher trotz ausdrücklichen Verbots die Benutzung fortsetzt, ohne dass der Gegner es merkt.[3]) Dass die verheimlichte Benutzung nun auch jedesmal heimlich sei, ist nicht gesagt, es ist zu ihrem Begriff nur erforderlich, dass sie

[1]) Siehe l. 3 pr. D. eod.

[2]) Siehe auch R. G. Bd. XII, S. 175.
Seufferts Archiv, Bd. XVII, 13.

[3]) Heimbach a. a. O. S. 294.
Hoffmann, Die Lehre von den Servituten, Bd. II, S. 152.

»hinter dem Rücken desjenigen vorgenommen wird, gegen welchen man sich auf Ersitzung berufen will.«[1])

Die Unkenntnis des Berechtigten ist also Begriffsmerkmal des »clam«. Daraus aber umgekehrt den Schluss zu ziehen, dass jede Ausübung, von welcher der Berechtigte nichts weiss, eine verheimlichte ist und demgemäss scientia domini erforderlich ist, ist entschieden falsch.[2]) So handelt derjenige nicht »clam«, welcher den Stellvertreter von der von ihm vorgenommenen Benutzung benachrichtigt hat, gleichgültig ob diese Mitteilung auch zur Kenntnis des Berechtigten gelangt ist, »eben weil nur die Abwesenheit des animus celandi nötig erscheint, der Handelnde aber regelmässig denken konnte, der Stellvertreter werde das Nötige seinem dominus anmelden.«[3])

l. 5 § 2 D. quod vi aut clam 43,24.

Et si forte non scit, cui denuntietur, neque dolo malo factum sit, ne sit, amicis denique, aut procuratori aut ad domum denuntiandum est.

l. 5 § 3 D. eod.

Sed et Servius recte ait, sufficere feminae viro notum facere, opus se facturum, vel denique sciente eo facere, quamquam etiam illud sufficiat, celandi animum non habere.

In diesem Sinne spricht sich auch eine Entscheidung des Reichsgerichts[4]) aus: »Es ergibt

[1]) Unterholzner a. a. O. § 211.

[2]) Das Nähere darüber siehe unten in dem besonderen Abschnitt über dies angebliche Erfordernis.

[3]) Hoffmann a. a. O. S. 153.

[4]) R. G. Bd. XXV, S. 148.

sich hieraus die allgemeine Regel, dass ein die Verjährung ausschliessender heimlicher Quasibesitz dann nicht vorhanden ist, wenn nach den tatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falls nicht angenommen werden kann, die Besitzausübung habe verheimlicht werden sollen, wenngleich sie, sei es aus Mangel an einer Anzeige oder aus Unachtsamkeit des Eigentümers nicht zur Kenntnis des Letzteren gekommen ist.«

Ein »precario« servitute uti endlich ist eine Benutzung, welche dem Ausübenden mit dem Vorbehalt beliebigen Widerrufs gestattet worden ist.

l. 2 § 3 D. de precario 43,26.

Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex hac solum modo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

Wir haben hinsichtlich dieses Erfordernisses noch kurz die bestrittene Frage nach der sog. Beweislast zu erörtern. Mit Berufung auf l. 10 pr. D. si serv. 8,5 (»ut ostendat«) vertritt Seckendorff[1]) die Ansicht, dass derjenige, welcher sich auf die Ersitzung beruft (z. B. bei Anstellung der actio confessoria oder bei Entgegenstellung der exceptio confessoria gegen die actio negatoria) neben dem Besitz auch die drei negativen Bedingungen zu beweisen habe. Die Forderung widerspricht jedoch den allgemeinen Grundsätzen, »welche bei rein verneinenden Behauptungen die Vermutung für den Behauptenden sprechen lassen, der eben des-

[1]) Archiv für civil Praxis Bd. IV, S. 89.

wegen vom Beweise frei ist.«[1]) Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat (l. 2 D. de prob. 22,3). Aber wenn auch das Recht von dieser allgemeinen Regel Ausnahmen aufstellt, so wäre doch eine Umkehrung derselben in diesem Fall geradezu unverständlich. Denn, wie Hasse[2]) sehr richtig hervorhebt, »es würde, wo das ganze Institut der Ersitzung vorzüglich auf diese drei Eigenschaften basiert ist, wenn der Beweis dafür von dem Ersitzenden gefordert würde, der doch fast nie zu führen ist, das Recht in Widerspruch mit sich selbst sein eigenes Institut untergraben.

Es lässt sich nun allerdings nicht leugnen, dass der Wortlaut der cit. Stelle für Seckendorff spricht.

. . . . . ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

Aber um zu einem befriedigenderen Resultat zu gelangen, hindert m. E. auch nichts, mit Elvers[3]) die Quelle dahin zu interpretieren, dass derjenige, welcher sich auf die Ersitzung beruft, Ausübungshandlungen solcher Art nachweisen müsse, »dass aus dem von ihm Angeführten nicht alsbald die vitia possessionis erhellen.« Also müssen die allgemeinen Grundsätze über die Beweisführung auch hier Platz greifen.[4])

[1]) Unterholzner a. a. O. S. 183
[2]) A. a. O. S. 413.
[3]) A. a. O. S. 748 f.
Siehe auch Busch a. a. O. S 255.
Unterholzner a. a. O. S. 184.
[4]) Sintenis a. a. O. S. 605,52.
R. G. Bd. I, S. 103.

§ 10. In positiver Hinsicht bona fides.

Neben dem negativen Erfordernis des nec vi nec clam nec precario servitute uti fordert die herrschende Lehre für den Tatbestand der zur Vollendung der Ersitzung notwendigen Rechtmässigkeit des Servitutenbesitzes als positives Begriffsmerkmal die bona fides, d. h. den Glauben des Quasibesitzers, dass ihm die Servitut wirklich zustehe.

Zwar sagt Puchta[1]: „Ohne Sinn ist es, neben diesem Erfordernis (d. h. dem negativen) noch Titel und guten Glauben zu fordern, denn offenbar soll die justa possessio das Surrogat für diese sein. Und Brinz[2] führt, dieser Auffassung beitretend, den Gedanken noch weiter dahin aus: „Die Friedlichkeit, Offenheit und Unabhängigkeit der Ausübung s i n d hier die bona fides und justa causa. [3] Aber dieser Gedankengang ist entschieden falsch. Es kann jemand sehr wohl nec vi nec clam nec precario eine Servitut ausüben und nichts destoweniger mala fide sein. So meint Zimmern[4]: „Das nec vi nec clam nec precario possidere sei nicht gleichbedeutend mit bona fides. Man könne sich zur Ausübung der Servitut für berechtigt halten und den Gegner mit Gewalt durch Selbsthilfe vertreiben, und man könne andrerseits die

[1] Vorlesungen S. 366.

[2] A. a. O. § 197.

[3] Siehe auch Glück, Erl. Bd. IV. S. 133, der die Frage aufwirft: „Wie kann ohne das Requisit des guten Glaubens ein Besitz als fehlerfrei gedacht werden?"

[4] Neustetel und Zimmern a. a. O. S. 118 ff.

Servitut ganz offen und ohne Gewalt ausüben mit dem Bewusstsein des mangelnden Rechts.«

Wenn nun auch die juristische Möglichkeit des Bestehens beider Faktoren nebeneinander allgemein zugegeben wird, so ist doch sehr bestritten, ob auch das positive Recht als zweites Moment der Rechtmässigkeit noch bona fides erfordert. Für das reine römische Recht des Corpus juris civilis leugnet es die herrschende Meinung.[1]) Aber es haben sich auch Stimmen erhoben, um das Gegenteil aus den Quellen zu erweisen. Vor allem haben Glück[2]), Bessel[3]), Busch[4]), Muther[5]) eingehende Forschungen in dieser Richtung angestellt.[6]) Sie berufen sich für ihre Auffassung, dass auch schon die Römer bona fides gefordert hätten, insbesondere auf:

l. 1 § 10 D. de aqua quot. et aest. 43,20.

Sed et si iure aqua non debetur alicui, si tamen iure duecere se putavit, quum non in iure, sed in facto erravit, dicendum est eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit; sufficit enim si iure se ducere putavit, nec vi nec clam nec precario duxit,

---

1) Baron a. a. O. § 169.
Dernburg a. a O. § 252
Elvers a. a. O. S. 741 ff.
Sintenis a. a. O. § 64,42.
Winscheid a. a. O. § 213, Anm 6.
Zimmern a. a. O S. 119.

2) Erl., Bd. IX, S 132 ff.

3) Archiv für civil. Praxis Bd. 13, S. 395 ff.

4) » » » » » 31, S. 412 ff.

5) A. a. O. S. 16 ff.

6) Vergl. ferner Unterholzner a a. O. S. 174 ff.
Schwarze u. Heine a. a. O. S. 58 ff.

und die oben wörtlich citierten

l. 1 § 19 D. eod.

l. 25 D. quemadm. serv. 8,6.

Wir haben bereits gezeigt (S. 21 f.), dass sich die beiden letzten Stellen auf den Besitzwillen und nicht auf die bona fides beziehen. Was aber die l. 1 § 10 cit. betrifft, so wird in ihr allerdings guter Glaube gefordert, da das »iure se ducere putavit« ausdrücklich neben das »nec vi nec clam nec precario duxit« gestellt wird. Aber es handelt sich hier lediglich um die Erfordernisse des Besitzes des jus aquae cotidianae et aestivae ducendae, soweit dieser des Interdiktenschutzes teilhaftig werden soll. Der Interdiktenbesitz ist aber nicht, wie Muther[1]) es tut, dem Quasibesitz als solchem oder als Voraussetzung der Ersitzung schlechthin gleichzustellen.[2])

Dass das Erfordernis der bona fides in den Quellen nirgends Erwähnung findet, gibt auch Zielonacki[3]) zu, fordert aber trotzdem guten Glauben schon für das römische Recht; »denn dies Requisit braucht auch nicht besonders hervorgehoben zu werden, da es sich von selbst versteht.« Das Unhaltbare dieser Beweisführung liegt auf der Hand. Ähnlich versucht Askoli[4]) das Schweigen der Quellen über dies Erfordernis, das eben auch nach seiner Ansicht notwendig ein solches ist, damit zu erklären, dass es sich aus dem Wesen der longi temporis praescriptio ergebe, welche zur Analogie

1) A. a. O. S. 33,44.
2) Bossert a. a. O. S. 9.
3) A. a. O. S. 192, Anm. 8.
4) A. a. O. S. 246.

heranzuziehen sei. Aber diese Analogie ist bei der selbständigen Natur der Servitutenersitzung wenigstens in den begrifflichen Voraussetzungen nicht statthaft.

Wir können daher mit der herrschenden Meinung feststellen, dass das reine römische Recht das Erfordernis der bona fides nicht kennt. Neben dem Recht des Corpus juris civilis hat das gemeine Recht aber auch Rechtssätze des Corpus juris canonici in sich aufgenommen. Zu diesen recipierten Bestandteilen gehört vor allem

cap. 20 X de praescript 2,26:

Quoniam omne, quod non ex fide, peccatum est: Synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis. Cum generaliter fit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat scientiam alienae.

Auf Grund dieser Bestimmung muss also jeder Präscribierende (d. h. auch der durch Verjährung Erwerbende) bei Beginn als auch während der ganzen Fortdauer seines Besitzes im guten Glauben sein. Von einigen Juristen, namentlich Puchta[1]) und Wächter[2]), wird allerdings der Standpunkt vertreten, dass sich die Stelle auf die Eigentumsersitzung beschränke und auf den Servitutenerwerb keine Anwendung finde. »Zwar meinen Viele, nach kanonischem Rechte sei bona fides nötig;

[1]) Pandekten § 188, Anm. m.
[2]) A. a. O. § 159.

allein die Stellen des kanonischen Rechts, die von einem Erfordernis der bona fides sprechen, beziehen sich garnicht auf die Servituten.«[1])

Aber die herrschende Doktrin[2]) wendet mit Recht die cit. Stelle gleichmässig auf die Eigentums- und die Servitutenersitzung an. Und ihr folgt die Praxis. »Indessen hat in der Praxis die Ansicht die Oberhand, dass cap. 20 X de praescript. 2,26 auch für die Servitutenersitzung zur Richtschnur diene, und dass demzufolge die Ersitzung ausgeschlossen sei, wenn der Gegenteil nachweist, dass die Ausübung der Dienstbarkeit nicht in gutem Glauben stattgefunden habe.«[3])

§ 11. Justus titulus?

Als weitere Voraussetzung für die Rechtmässigkeit des Servitutenbesitzes wird von einigen ein Titel verlangt. Titel nennt man einen »Tatbestand als Ursache von Rechtswirkungen«[4]), unter einem Ersitzungstitel speziell versteht man einen Tatbestand, welcher den Erwerb des Besitzes als

[1]) Wächter a. a. O. § 159.

[2]) Arndts a. a. O. § 189.
Baron a. a. O. § 169.
Dernburg a. a. O. § 252.
Göschen a. a. O. S. 398.
Hoffmann a. a. O. §§ 95—97.
Heimbach a. a. O. S. 295.
Keller a. a. O. S. 398.
Sintenis a. a. O. § 64,42.
Winscheid a. a. O. § 213, Anm. 6.

[3]) Seuffert, Pandekten § 175, Anm. 3.
Vergl. Seufferts Archiv Bd. I, 408. VIII, 348. XVI, 176. XXIII, 18.

[4]) Dernburg a. a. O. S. 181.

rechtmässig erscheinen lässt. Ein Tatbestand kann aber sowohl objektive als auch subjektive Momente enthalten. Da hier nur die subjektiven Voraussetzungen dargestellt werden sollen, so kommt für uns der Titel natürlich auch nur insoweit in Betracht, als er in Willensäusserungen der beteiligten Personen besteht, oder vielmehr nur insoweit rechtfertigt sich seine Heranziehung. Da es hier jedoch lediglich darauf ankommt, festzustellen, ob ein Titel überhaupt erforderlich ist, so wird er im folgenden ohne besondere Berücksichtigung seiner subjektiven Grundlagen behandelt werden.

Dass schon die römischen Quellen einen justus titulus forderten, versucht Muther[1]) nachzuweisen. Er argumentiert folgendermassen: »Der justus titulus sei das Substrat der bona fides.[2]) Wenn nun nachgewiesen werde, dass die bona fides schon bei den Römern notwendige Voraussetzung gewesen sei, so müsse daraus folgen, dass es umsomehr der titulus gewesen sei.« Das Erfordernis des guten Glaubens glaubt Muther aber nachgewiesen zu haben; infolgedessen steht es für ihn fest, dass auch der Titel notwendig sei. Es ist jedoch falsch, die bona fides in diese unbedingte Abhängigkeit vom titulus zu setzen. Sie wird sich in vielen Fällen auf andere, juristisch unerhebliche, Tatsachen zurückführen lassen. Das ist auch der Standpunkt der herrschenden Lehre,

[1]) A. a. O. § 13.

[2]) Siehe auch Luden a. a. O. S. 169.
Schwarze a. a. O. S. 58.

welche bona fides und justus titulus als unabhängig von einander behandelt. Muther[1]) begnügt sich übrigens nicht mit obiger Beweisführung, sondern beruft sich zur Verstärkung seiner Position auf einige Quellenstellen, aus denen das Erfordernis des titulus selbständig erhellen soll. Denselben Standpunkt vertreten Bessel[2]) und ältere Schriftsteller.[3]) Sie stützen ihre Ansicht insbesondere auf

l. 2 C. de serv. 3,34.

Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.

l. 12 § 3 i. f. und § 4 C. de praescript 7,33.

. . . . . bono initio et possessione tenentis . . . . . Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus-fructus et ceterae servitutes.

Aus diesen Stellen wollen sie herauslesen, dass die Vorschriften über die Eigentumsersitzung generell und speziell das Erfordernis des titulus (»bono initio«) auch auf die Servitutenersitzung Anwendung erlitten. Aber in der l. 2 cit. ist das Hauptgewicht auf das »tempore« zu legen, wie auch der weitere Inhalt der lex (»ante id spatium«) zeigt. Nur inbetreff der Verjährungszeit wird hier der Servitutenerwerb durch Verjährung der Eigentumsersitzung gleichgestellt. Und die l. 12 cit. anlangend, so ist einmal kaum anzunehmen, dass das »eodem observando« gerade auf das »bonum

[1]) A. a. O. § 16 ff.
[2]) A. a. O. S. 380 ff.
[3]) Vergl. Glück, Erl. Bd. IX, S. 140.

initium« bezogen werden soll. Denn dieser Umstand wird nur beiläufig erwähnt, »während der ausgesprochene Zweck der Verordnung bloss die Bestimmung des Begriffs von Abwesenheit und Anwesenheit angeht.«[1]) Andrerseits ist es sehr gewagt, allein auf diese in ihrer Bedeutung zum mindesten unklare Stelle das Erfordernis des justus titulus zu stützen.

Während also die Quellen zu Gunsten der den Titel fordernden Ansicht eine erfolgreiche Ausbeute nicht liefern, bieten sie andrerseits auch der entgegengesetzten Meinung kein Material. Zwar wird

l. 10 pr. D. si serv. vind. 8,5.

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo . . . . .

ins Treffen geführt und von einigen so ausgelegt, als ob darin ausgesprochen sei, der Ersitzende brauche seinen Titel nicht nachzuweisen (non est ei necesse docere de iure, quo . .). Dieser Interpretation ist jedoch ebensowenig beizutreten wie der von Bessel[2]) und Muther[3]) versuchten: »Er braucht nicht nachzuweisen, dass das Recht ihm civilrechtlich (a domino und nach römischer Form) eingeräumt wurde.«[4]) Vielmehr ist m. E. die Auffassung von Sintenis[5]) die richtige, nämlich

[1]) Unterholzner a. a. O. S. 173
[2]) A. a. O. S. 398.
[3]) A. a. O. S. 22.
[4]) Vangerow a. a. O. § 351, Anm. 2.
[5]) A. a. O. § 61, Anm. 42,3.

»dass das ‚docere de jure u. s. w.' von dem Beweise eines anderen Entstehungsgrundes der Servitut zu verstehen sei.«

Es ergibt sich also das Resultat, dass die Quellen weder für noch gegen das Erfordernis des justus titulus sich auslassen. Aus dem Schweigen ist aber nur die eine Konsequenz zu ziehen, dass das römische Recht einen Titel nicht forderte. Dies ist um so wahrscheinlicher, als es ja auch keinen guten Glauben für nötig erachtete. Da nun ebenfalls das kanonische Recht eines solchen Erfordernisses nirgends Erwähnung tut, so ist für das gemeine Recht die Forderung eines justus titulus als besonderer Voraussetzung der Servitutenersitzung schlechthin zu verwerfen. So auch die herrschende Lehre.[1])

Willkürlich ist es daher, wenn Hoffmann[2]) einen Unterschied zwischen servitutes praed. rusticorum und den positiven servitutes praed. urbanorum einerseits, den negativen servitutes praed. urbanorum und den Personalservituten andrerseits konstruiert: für erstere nämlich keinen

[1]) Arndts a. a. O. § 189.
Baron a. a. O. § 169.
Busch a. a. O. S. 407.
Dernburg a. a. O. § 252.
Elvers a. a. O. S. 740 f.
Göschen a. a. O. S. 270.
Hasse a. a. O. S. 404.
Unterholzner a. a. O. § 212.
Wendt a. a. O. § 150.
Winscheid a. a. O. § 213,7.
Ferner Seufferts Archiv, Bd. I, 408.
R. G. Bd. IV, S. 137.

[2]) In den civilist. Versuchen a. a. O. S. 3 ff.

Titel, für letztere aber stets einen solchen fordert. Diese Ansicht hat nirgends Anhänger gefunden.

Zum Schluss ist jedoch noch darauf hinzuweisen, dass trotz des oben entwickelten prinzipiellen Standpunktes der justus titulus bei der Servitutenersitzung in einem Fall von Bedeutung ist. Es ist oben gezeigt worden (S. 16), dass zum Besitzerwerb der negativen Servituten ein Titel, in Form eines Vertrages z. B., in vielen Fällen erforderlich ist. Hinsichtlich der Ersitzung dieser Servituten kommt aber der Titel eben nur als Erfordernis des Besitzerwerbes, nicht jedoch als Requisit der Verjährung in Betracht.[1])

§ 12.

3. Scientia oder patientia domini?

Wir haben bisher nur ins Auge gefasst, welche Voraussetzungen auf Seiten des Ersitzenden, resp. seiner Repräsentanten vorliegen müssen, damit er sich mit Erfolg auf die Ersitzung einer Servitut berufen kann. Wir haben gesehen, dass er sich in einer ununterbrochenen und rechtmässigen, d. h. nicht heimlichen, gewaltsamen oder nur auf Widerruf gestatteten, zugleich aber gutgläubigen Ausübung des Servituteninhalts befunden haben muss. Manchem genügt aber diese einseitige Betätigung des Ersitzenden nicht. Sie verlangen, dass auch das persönliche Verhalten des Eigentümers der Sache, welche auf Grund einer Er-

[1]) Hasse a. a. O. S. 43.
Heimbach a. a. O. S. 302.
Holzschuher a. a. O. S. 360, Anm. 2.

sitzung mit einer Servitut belastet werden soll, berücksichtigt wird. Sie fordern, dass der Eigentümer um den Besitz, d. h. die Ausübung der Servitut seitens des Andern gewusst und trotzdem keinen Widerspruch erhoben habe.

Einige begründen dies angebliche Erfordernis der scientia oder patientia domini damit, dass ohne sie der Tatbestand des »non clam« nicht erfüllt sei. So wird in den Heidelberger Jahrbüchern[1]) die Meinung aufgestellt, »dass bei den Servituten jeder »clam« besitzt, der ohne Wissen des dominus die Servituten ausübt. Denn teils wird in den Gesetzen bestimmt eine scientia oder patientia domini verlangt (l. 11 § 1 D. 6,2 und l. 2 C. 3,34), teils soll man nach l. 5 D. 8,2 bei den Servituten als invitum betrachten non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit, sodass doch wenigstens wissentliches Schweigen gefordert wird.«

Es ist oben (S. 34) bereits der entgegengesetzte Standpunkt vertreten. Keineswegs braucht jeder Besitz ein verheimlichter zu sein, von dem der Gegner keine Kenntnis erhält.[2] »Denn ich kann etwas ganz offenbar tun, ganz ohne Absicht meine Handlung vor irgendjemand zu verheimlichen, und doch kann es geschehen, dass derjenige, der ein besonderes Interesse hätte, von dem was ich getan unterrichtet zu sein, keine Kunde davon erhält.«[3]

1) A. a. O. Nr. 36, S. 574.
2) Dernburg a. a. O. § 252.
Luden a. a. O. S. 170.
Muther a. a. O. S. 28.
Unterholzner a. a. O. S. 171.
Zimmern a. a. O. S. 121.
3) Göschen a. a. O. S. 269.

Wir haben noch die angezogenen Quellen zu untersuchen. Zunächst die sehr umstrittene in anderem Zusammenhange schon citierte Konstitution von Antoninus (l. 2 C. de serv. 3,34).

Si aquam per possessionem Martialis »eo sciente« duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.

Allein aus dieser einzigen Stelle auf Grund der Worte »eo sciente« schliessen zu wollen, dass die Römer als prinzipielles Erfordernis der Servitutenersitzung die scientia domini gefordert hätten, erregt lebhafte Bedenken. Denn es wäre ein Postulat, das bei den anderen Arten erwerbender Verjährung nicht aufgestellt wird, und das doch sicher, wenn es als solches bestanden hätte, als interessante Erscheinung die Quellen auch anderweitig behandelt hätten.

Immerhin kann die Wissenschaft des dominus natürlich für den einzelnen Fall besonders praktische Bedeutung erlangen. Und so war es auch in dem Fall, den Antoninus durch das vorliegende Rescript entschied. Durch das Vorhandensein der scientia wurde nämlich bewiesen, dass der sich auf die Ersitzung Berufende die Servitut »non clam« ausgeübt hatte[1]), die scientia domini hatte also lediglich indirekte Bedeutung.[2]) Diesen Gedanken spricht auch Hasse[3]) dahin aus, dass die patientia niemals in Betracht komme, als nur insofern Mangel an Heimlichkeit, an Gewalt, an Prekarium daraus

[1]) Unterholzner a. a. O. § 212, S. 175.
Zimmern a. a. O. S. 121.
[2]) Siehe auch Seufferts Archiv N. F. Bd. VI, 19.
[3]) A. a. O. S. 410.

hervorgehen könne, es um diesen darzutun und zu erkennen, gebraucht werden könne, wie das im Fall l. 2 C. 3,34 geschehen sei.«

Was nun die weiter als Beleg angeführten l. 11 § 1 de Publ. 6,2[1]) und l. 1 § 2 D. de serv. praed. rust. 8,3[2]) anlangt, so ist in denselben von einer Ersitzung überhaupt nicht die Rede. Infolgedessen kann aus ihnen ein Beweis für die Einreihung der in ihnen behandelten patientia unter die Ersitzungsvoraussetzungen nicht entnommen werden. Die patientia wird hierin vielmehr der traditio als Begründungsakt der Servitut mit der Wirkung gleichgestellt, dass durch dieselbe, also die stillschweigende Einwilligung des Eigentümers, eine Publiciana actio erworben wird.[3])

Eine andere Ansicht, die besonders von Bessel[4]), Glück[5]) und Muther[6]) vertreten wird, geht dahin, dass die scientia nicht als besonderes Erfordernis neben die bisher schon behandelten trete, sondern dass sie lediglich die Stelle eines Titels einnehme. Ja von Muther wird das »eo sciente« in dem obigen Rescript als ein Hauptargument für seine Auffassung, dass ein Titel erforderlich sei (oben S. 42 f.),

[1]) Si de usufructu agatur traditio, Publiciana datur; itemque servitutibus urb. praed. per traditionem constitutis, vel per »patientiam«, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

[2]) Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris.

[3]) Vergl. Zimmern a. a. O. S. 121.

[4]) A. a. O. S. 406.

[5]) Erl., Bd. IX, S 144.

[6]) A. a. O. S. 29 ff.

benutzt. Ein Titel ist aber, wie gezeigt, keineswegs Voraussetzung der Ersitzung. Damit erledigt sich diese Auffassung für uns.

Mit grösserem Erfolg kann sich demgegenüber der gegnerische Standpunkt, den auch wir vertreten, wonach eine Wissenschaft des Eigentümers kein besonderes Erfordernis ist, auf eine Quellenstelle berufen, nämlich auf

l. 12 § 3 i. f. C. de praescript. 7,33.

. . . . . nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus-fructus et ceterae servitutes.

Es wird darin ausdrücklich bestimmt, dass sowohl für die longi temporis praescriptio des Eigentums als auch für die Servitutenersitzung die scientia oder ignorantia unberücksichtigt bleiben soll. Dieser Standpunkt wird auch von der herrschenden Meinung[1]) eingenommen.

[1]) Albert a. a. O. S. 130.
Arndts a. a. O. § 189, Anm. 2.
Baron a. a. O. § 169.
Busch a. a. O. S. 421.
Dernburg a. a. O. § 252,8.
Elvers a. a. O. S. 742, Anm. i.
Göschen a. a. O. S. 269.
Hasse a. a. O. S. 406.
Holzschuher a. a. O. S. 360.
Keller a. a. O. S. 398.
Vangerow a. a. O. § 351,2.
Winscheid a. a. O. § 213, Anm. 7.

2. Teil:

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

1. Kapitel:

Bei der sogenannten Tabularersitzung von Dienstbarkeiten an Grundstücken.

§ 13. Vorbemerkung.

Wie oben gezeigt, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch eine eigentliche Servitutenersitzung nur für den Niessbrauch an einer beweglichen Sache. Auf Dienstbarkeiten an Grundstücken dagegen wendet es die sog. Tabularersitzung an. Das Wesen dieser Ersitzung besteht darin, dass als objektives Erfordernis die tabula, d. h. der Eintrag im Grundbuche über das zu ersitzende, also in Wirklichkeit nicht bestehende Recht vorliegen muss. Die subjektiven Voraussetzungen sind daneben mit Rücksicht auf die Bedeutung, welche das Bürgerliche Gesetzbuch dem Bucheintrag zumisst, sehr beschränkt. Ganz allgemein ist festzustellen, dass als subjektives Moment ein dem Servitutenbesitz des gemeinen Rechts in seinen beiden Bestandteilen ähnliches Verhältnis gefordert wird. Ob nun diese tatsächliche Beziehung des Ersitzers zur Servitut nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches auch Rechtsbesitz oder speziell Dienstbarkeitsbesitz genannt werden kann oder nicht, ist m. E. gleichgültig. Der Streit darüber, ob das B.-G.-B. wenigstens für Grund-

dienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten einen Rechtsbesitz anerkannt habe, kann nicht anders als ein Rechten um Worte bezeichnet werden. Formelle Gründe können allerdings diejenigen für sich geltend machen, welche den auch in den Motiven[1]) zum Ausdruck gebrachten Standpunkt vertreten, dass das B.-G.-B. den Rechtsbesitz grundsätzlich und in jeder Form abgelehnt habe. So Bendix[2]), Bekker[3]), Biermann[4]), Cosack[5]), Dormann[6]), Engelmann[7]), Planck[8]). Sachlich begründeter erscheint aber die besonders von Dernburg[9]), Kohler[10]), Endemann[11]), Lehmann[12]), Matthiass[13]) verteidigte Ansicht, dass das B.-G.-B. für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten einen Rechtsbesitz statuiert habe. »Sachlich werden Sach- und Rechtsbesitz sich stets behaupten, auf den Namen kommt es nicht an.«[14]) [15])

---

[1]) Motive Bd. 3, S. 474 f.
[2]) Der Besitz nach B.-G.-B, a. a. O. S. 4, 5.
[3]) A. a. O. S. 24.
[4]) A. a O. S. 1 ff.
[5]) A. a. O. S. 62.
[6]) A. a. O S. 43 ff
[7]) A. a. O. S. 483.
[8]) A. a. O. S. 1 u. 30.
[9]) Das bürgerl. Recht S. 85.
[10]) A. a. O. § 22, S. 241.
[11]) A. a. O. S. 114.
[12]) A. a. O S. 53.
[13]) A. a. O. S. 110.
[14]) Siehe Ihering, der Besitz, S. 96.
[15]) Über die ganze Frage s. auch Hüttenhain a. a. O. S. 24 ff.

1. Niessbrauch und Wohnungsrecht.

§ 14. Ununterbrochener Besitz des dienenden Grundstücks.

Was zunächst den Niessbrauch und das Wohnungsrecht anlangt, so besteht ihre Besonderheit darin, dass sie zum Besitze des dienenden Grundstücks oder eines reellen Teils desselben berechtigen (§§ 1036 bz. 1093). Umgekehrt ist für ihre Ersitzung erste Voraussetzung, dass der eingetragene Nichtberechtigte ununterbrochen den Sachbesitz innegehabt hat. Das körperliche Moment ist mit dem ununterbrochenen — mittelbaren oder unmittelbaren — Besitz des dienenden Grundstücks erfüllt.

§ 15. Animus.

Mit diesem Sachbesitze muss sich aber ähnlich wie im gemeinen Rechte ein bestimmter Wille des Ersitzenden verbinden. Das ergibt sich aus der Vergleichung des § 900, Abs. 2 mit § 900, Abs. 1 und § 872. Im § 900, Abs. 2 wird bestimmt, dass auf die Tabularersitzung von Dienstbarkeiten die Vorschriften des Abs. 1 über die Eigentumstabularersitzung entsprechende Anwendung finden. Diese setzt aber einen ununterbrochenen Eigenbesitz voraus. Eigenbesitzer ist nun, »wer eine Sache als ihm gehörend besitzt«. Damit ist ausgesprochen, dass der sich auf die Eigentumsersitzung Berufende einen Besitzwillen im gemeinrechtlichen Sinne gehabt haben muss. Während das Bürgerliche Gesetzbuch in beabsichtigtem

Gegensatz zum gemeinen Rechte prinzipiell das Erfordernis des Besitzwillens für den Erwerb und die Erhaltung des Besitzes nicht aufgenommen hat, statuiert es also u. a. für den Ersitzungsbesitz eine Ausnahme. Wenn nun im § 900, Abs. 1 das Willensmoment als erforderlich für die Eigentumstabularersitzung ausdrücklich hervorgehoben wird und die entsprechende Anwendung der Vorschriften des Abs. 1 auf die Dienstbarkeitsersitzung vorgeschrieben ist, so ist die Folgerung zwingend, dass auch bei den Dienstbarkeiten der Wille des Ersitzers entsprechend in Betracht gezogen werden soll. Hinsichtlich der Ersitzung des Niessbrauchs und des Wohnungsrechtes muss demgemäss zum — mittelbaren oder unmittelbaren — Besitz des dienenden Grundstücks der Wille treten, den Rechtsinhalt, dem Grundbucheintrag entsprechend, wie ein eigenes Recht auszuüben.[1])

Der mit diesem Willen verbundene und durch ihn besonders charakterisierte Sachbesitz muss also ununterbrochen gewesen sein. Auch auf die Unterbrechung finden gemäss § 900, Abs. 1, Satz 2 die Vorschriften über die Eigentumsersitzung (§§ 940 bis 942) entsprechende Anwendung. Eine Unter-

[1]) Die meisten Schriftsteller fordern diesen animus bei der Dienstbarkeitstabularersitzung nicht, sondern begnügen sich mit dem körperlichen Moment, also bei der Ersitzung von Niessbrauch und Wohnungsrecht mit dem Besitz des dienenden Grundstücks, bei der Ersitzung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit der Ausübung ihres Inhalts. (s. unten!) So Biermann a. a. O. S. 48 f. Fuchs a. a. O. S. 191. Matthiass a. a. O. § 12. Planck a. a O. S. 124. Strecker a. a. O. S. 49.

Für die von uns vertretene Ansicht lassen sich nur anführen: Maret a a. O. S. 38. Turnau-Förster a. a. O. S. 261.

in Betracht kommt und eine neue Ersitzung erst nach Beendigung der Unterbrechung beginnen kann (§ 942). Die Unterbrechung kann nun eine relative oder absolute sein. Relativ tritt sie ein, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Buchberechtigten oder im Falle eines mittelbaren Sachbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht von dem Buchberechtigten ableitet; diese Unterbrechung »wirkt nur zu Gunsten desjenigen, welcher sie herbeiführt«, oder seines Rechtsnachfolgers (§ 941). Absolut erfolgt die Unterbrechung, wenn Besitzverlust eintritt. Doch kommt hier das Willensmoment insoweit in Betracht, als die Unterbrechung nicht als geschehen angesehen wird, wenn der Besitzer wider seinen Willen den Besitz verliert und ihn innerhalb eines Jahres wieder erwirbt (§ 940).[1])

2. Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

§ 16. Ununterbrochene Ausübung des Dienstbarkeitsrechtes.

Bei den Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (mit Ausnahme des Wohnungsrechtes) liegt die für die Tabularersitzung notwendige körperliche Beziehung des Ersitzers zu ihnen in ihrer Ausübung. Die Art und Weise derselben ist naturgemäss, der

1) Vergl. darüber Kohler (Archiv f. civilist. Praxis Bd. 87) S. 292. Dernburg a. a. O. S. 294.

verschieden. Darüber kann auf das oben (S. 10 ff.) Gesagte verwiesen werden. Während nun das gemeine Recht zur Herstellung und Erhaltung des sog. Ausübungsverhältnisses ein bestimmtes Mass der Ausübung nicht forderte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch indirekt ein solches festgesetzt. Dieser Standpunkt erhellt aus § 900, Abs. 2 in Beziehung zu § 1029. »Denn wenn das Gesetz die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften bei den Servituten nur insoweit zur Anwendung bringt, als die Servitut innerhalb des letzten Jahres vor der Störung ausgeübt worden ist, und wenn andrerseits die Ersitzung nur Platz greifen kann, wenn die Ausübung des Rechts nach den für den Besitzschutz geltenden Vorschriften geschützt ist, so würde eine Acquisitivverjährung nicht statthaben können, wenn innerhalb eines Jahres die Servitut nicht ausgeübt worden ist, da ihr dann der Schutz fehlt.«[1]) Danach muss also eine mindestens einmalige Ausübung in jedem Jahre stattgefunden haben.[2])

Verschieden von dieser prinzipiellen Frage ist natürlich die praktische nach der Beweislast hinsichtlich dieses Erfordernisses. Planck[3]) und Turnau-Förster[4]) stehen nämlich auf dem Standpunkt, dass der Ersitzende die Ausübung nur am Anfang und am Ende der Ersitzungszeit nach-

[1]) Maret a. a. O. S. 39.
[2]) Biermann a. a. O. S. 48, 49.
Fuchs a. a. O. S. 191.
Kohler a. a O. S. 241.
[3]) A. a. O. S. 125.
[4]) A. a O. S. 261.

zuweisen habe (§ 938), und dass es Sache des Gegners sei, nachzuweisen, dass die Ausübung in dieser Zeit nicht alljährlich stattgefunden habe. Und dieser Ansicht treten wir bei. Damit wird aber an dem prinzipiellen Erfordernis der jährlich mindestens einmaligen Ausübung nichts geändert.

Die Unterbrechung des durch dieses Erfordernis charakterisierten fortgesetzten Ausübungsverhältnisses gestaltet sich verschieden, je nachdem es sich um positive Dienstbarkeiten, die wieder in einem facere oder einem habere bestehen können, oder um negative Dienstbarkeiten handelt. Bei den servitutes faciendi wird die Unterbrechung eintreten, wenn ein ganzes Jahr lang die Ausübung unterlassen ist, bei den servitutes habendi dann, wenn die dauernde Vorrichtung beseitigt und innerhalb eines Jahres nicht wiederhergestellt ist. Hinsichtlich der negativen Servituten gilt folgendes. Wird durch ein der Dienstbarkeit zuwiderlaufendes Handeln die Ausübung derselben gestört, so finden gemäss § 1029 die Besitzstörungs- resp. -entziehungsklagen der §§ 861, 862 entsprechende Anwendung. Dieser quasipossessorische Schutz geht jedoch verloren, wenn die zuständige Klage nicht innerhalb eines Jahres erhoben wird (§ 864). Damit ist auch das Ausübungsverhältnis unterbrochen. Dieses bleibt aber trotz Nichtgeltendmachung der Schutzmittel erhalten, »wenn die Zuwiderhandlung nur singulär und ausnahmsweise war, sodass ein akuter Anlass zu einem Widerspruch nicht vorlag.«[1])

[1]) Kohler a. a. O. S. 247.
Vergl. auch Maret a. a. O. S. 40.

Ausserdem wird der fortgesetzte usus relativ unterbrochen, wie schon beim Niessbrauch und Wohnungsrecht gezeigt, nach Analogie des Eigentumsersitzungsbesitzes, wenn der Eigentümer die Negatorienklage erhebt (§ 941).

§ 17. Animus.

Die tatsächliche Ausübung der Dienstbarkeit muss auch hier in der Absicht stattgehabt haben, den Rechtsinhalt wie ein eigenes Recht auszuüben. Es kann auf das oben (S. 53 f.) Dargestellte verwiesen werden.

Hinsichtlich der Stellvertretung gilt das auf Seite 20 und 28 ff. Erörterte.

2. Kapitel:
Bei der Ersitzung des Niessbrauchs an einer beweglichen Sache.

§ 18. Vorbemerkung.

Auf diese Ersitzung finden gemäss § 1033 die für den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Das führt hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen zu folgenden Ergebnissen.

§ 19. 1. Ununterbrochener Besitz der dienenden Sache und animus.

Zunächst ist der ununterbrochene Besitz der Sache erforderlich, an welcher der Niessbrauch ausgeübt wird.

Dieser Besitz darf natürlich nicht Eigenbesitz sein (§ 937, Abs. 1), da er sonst zur Eigentumsersitzung führen müsste, sondern er ist »Fremdbesitz, d. h. auf die Ausübung eines Niessbrauchsrechtes gerichteter Nutzungsbesitz.«[1]) Er kann als unmittelbarer oder mittelbarer Besitz bestehen. Die Unterbrechung erfolgt auf dieselbe Weise wie beim Niessbrauch an einem Grundstück hinsichtlich der Tabularersitzung (S. 54 f.) §§ 940—42.

§ 20. 2. Bona fides.

Weitere Voraussetzung ist guter Glaube beim Besitzerwerb und für die Fortdauer des Besitzes. Zwar bildet nach der Fassung des Gesetzes »nicht eigentlich der gute Glaube Voraussetzung der Ersitzung, vielmehr richtig der böse Glaube Ausschliessungsgrund.«[2]) Aber diese Fassung hat lediglich Bedeutung für die Beweislast im Prozesse.[3]) Die Intensität des guten Glaubens ist für den Erwerb und die Fortdauer des Besitzes verschieden normiert. Beim Besitzerwerbe ist der gute Glaube nicht vorhanden, wenn der Erwerber weiss, dass die mit dem Niessbrauch zu belastende Sache nicht dem Veräusserer gehört (§ 932, Abs. 2), oder wenn er weiss, dass der Veräusserer, obschon er Eigentümer ist, nicht belasten will, z. B. nur ein Scheingeschäft abschliesst, oder nicht belasten kann, z. B. geisteskrank ist.[4]) Nicht minder aber fehlt

[1]) Siméon a. a. O. S. 630.
[2]) Staudinger a. a. O., Erl. zu § 937.
[3]) Dernburg a. a. O. S. 293
[4]) Dernburg a. a. O. S. 293.

der gute Glaube, wenn der Erwerber nur infolge grober Fahrlässigkeit die Umstände nicht kennt, welche dem Niessbrauchserwerbe entgegenstehen. Ja, schon Zweifel an der Rechtmässigkeit des Erwerbes zerstören den guten Glauben.[1]) Anderes gilt für die mala fides superveniens. Sie wird nur dadurch begründet, dass der Besitzer Kunde von dem Rechtsmangel erhält.[2]) Es genügt nicht die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich dieser Rechtsmangel ergiebt.[3]) Der Besitzer muss vielmehr von ihrer Tragweite subjektiv überzeugt sein.

Nach der Fassung des § 937, Abs. 2 muss der Erwerber des Eigenbesitzes und demgemäss analog der Erwerber des mit dem Niessbrauchswillen verbundenen Nutzungsbesitzes gutgläubig sein. Also auch für den Fall, dass der Erwerb des Besitzes durch einen Stellvertreter stattfindet und der Ersitzende nur den mittelbaren Besitz erwirbt, muss in seiner Person die erforderliche bona fides vorliegen. Auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Besitzmittlers kommt es nicht an.[4]) [5])

---

[1]) Siehe Meisner a. a. O. S. 94.
Ferner Dernburg a. a. O. S. 293:
»Wer also beim Erwerbe an dessen Rechtmässigkeit zweifeln musste, hat diesen Zweifeln auf den Grund zu gehen, um sich eine wohlgegründete Überzeugung zu verschaffen.«

[2]) Bendix a. a. O. S. 562.
Dernburg a. a. O. S. 293.
Matthiass a. a. O. S. 65.
Meisner a. a. O. S. 94.
Planck a. a. O., Erl. zu § 1033, Note 1.
Staudinger a. a. O, Erl. zu § 937.

[3]) Meisner a. a. O. S. 94.

[4]) Im Gegensatz zur Vertretung in der Willenserklärung (§ 166).

[5]) Siehe Scheu a. a. O. S. 36.

§ 21.

Schluss.

Vergleichen wir nun den Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches mit dem des gemeinen Rechts, so ergiebt sich, dass hinsichtlich der Bedeutung der subjektiven Voraussetzungen für die Servitutenersitzung ein Rollentausch eingetreten ist. Im gemeinen Rechte war, da die objektiven Voraussetzungen verhältnismässig leicht festzustellen waren, der Nachweis der subjektiven Erfordernisse für den Prozess ausschlaggebend. Wie schwierig war es aber, hierüber zu einem sicheren Ergebnisse zu gelangen! Denken wir daran, dass einzelne Erfordernisse als solche, andere in ihrer Bedeutung bestritten waren, bei anderen wieder die Beweislastfrage unentschieden war! Aber auch nach Erledigung dieser Fragen war es für den Richter, da doch die Aussagen der Parteien sich meistens schroff gegenüberstanden, nicht leicht festzustellen, ob tatsächlich ein dauerndes Ausübungsverhältnis vorlag, ob die Ausübungshandlung nicht »clam« geschehen sei, ob nicht vielleicht der Eigentümer nur einen prekaristischen Gebrauch gestattet habe.

Demgegenüber bedeutet der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches eine gesunde Änderung. In Zukunft wird die Servitutenersitzung als Tabularersitzung (von der Niessbrauchsersitzung an einer beweglichen Sache können wir hier absehen, da sie äusserst selten eintreten wird,) vor allem von dem Bucheintrag abhängen und durch

ihn bewiesen werden. Daneben sind die subjektiven Voraussetzungen von untergeordneter Bedeutung. Der erforderliche Wille des Ersitzenden wird schon aus dem erfolgten Eintrag wahrscheinlich, und die tatsächliche Ausübung wird sich mit Rücksicht auf die vom Gesetz aufgestellte Vermutung (§ 938) unschwer beweisen lassen.